



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA CAROLINA RAMOS LUCAS DOS SANTOS

**CRIME DE BIGAMIA À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO:
QUANDO É (DES)NECESSÁRIO METER A COLHER EM
BRIGA DE MARIDO E MULHER?**

Salvador
2015

AMANDA CAROLINA RAMOS LUCAS DOS SANTOS

**CRIME DE BIGAMIA À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO:
QUANDO É (DES)NECESSÁRIO METER A COLHER EM
BRIGA DE MARIDO E MULHER?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Daniela Portugal

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

AMANDA CAROLINA RAMOS LUCAS DOS SANTOS

**CRIME DE BIGAMIA À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO:
QUANDO É (DES)NECESSÁRIO METER A COLHER EM
BRIGA DE MARIDO E MULHER?**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

À
Bisa Lila e Vô Deca (*in memorian*).

AGRADECIMENTOS

A Deus, que desde meu primeiro dia de vida não me abandonou em um só momento, dando-me forças para superar as dificuldades, fé em dias melhores e pessoas sem as quais não teria conseguido seguir em frente.

Aos meus pais. A meu pai, a razão do meu viver, pelo qual me empenho todos os dias com o objetivo de tornar-me um ser humano cada vez melhor. À minha mãe, amiga, companheira, dona Lali, pelo amor incondicional, que acreditou em mim antes mesmo que eu pudesse pensar em ser capaz de encarar os novos desafios. À minha mãe, tia, confidente, Valéria, pelos momentos mais puros e sinceros, indispensáveis à minha persistência e dedicação.

A Lila, minha irmã, prima, por toda sintonia e infinidade, por todo carinho e cumplicidade. À minha vida, Bia, por cada “let it go”, pelo abraço apertado de saudade a cada retorno ao fim do dia e “eu te amo” antes de dormir. Aos meus irmãos Gabriel, Lara e Sara, que estiveram presentes, em todo momento, a cada pensamento positivo. A Milena e Maurício, sempre prontos a ajudar nos momentos difíceis. A Cátia por toda compreensão, apoio e carinho. A toda minha família, que, desde sempre, é a razão de toda positividade em minha vida.

Aos meus tão queridos amigos, que, como sempre, deixaram a vida mais leve, despertando, sempre, as crianças que temos em nossos corações a cada encontro, as quais sabem o valor de uma verdadeira amizade. Aos amigos guerreiros que conquistei, em especial àquelas que têm o dom de me desesperar, acalmar e provocar o riso fácil, não havendo dúvidas de que a cada batalha vencida estaremos brindando juntos o sucesso, pois só nós sabemos o quão difícil é chegar até aqui.

À minha orientadora Daniela Portugal, que a cada conversa me iluminou e depositou em mim sua confiança, incentivando e acreditando na minha capacidade. Aos professores que tanto se solidarizaram nesta caminhada, em especial, a Roberto Gomes, que com toda sua amizade não poupou esforços a me ajudar, e a Daniel Nicory, que, por diversas vezes, dedicou seu tempo a refletir meus questionamentos.

E a todos que contribuíram direta ou indiretamente, meu muito obrigada.

“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância”.

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo do crime de bigamia na atual sociedade brasileira, A análise tem grande pertinência quando buscamos o histórico da criminalização da conduta. Diante da vigência de um Código Penal datado de 1940, período no qual a sociedade brasileira estruturava-se de modo muito distinto dos novos parâmetros de interações interpessoais, reflete-se se a previsão legal da proibição não fora elaborada tão só para uma sociedade que já não se debruça sobre os mesmos valores. Diante das novas diretrizes traçadas pela Constituição de 1988, questiona-se o cabimento da tipificação do crime de bigamia, em vista das diversas transformações sociais sofridas ao longo destes anos. Para tanto, questiona-se a função do Direito Penal, buscando dentre os principais autores funcionalistas a parâmetros que possam justificar a pertinência do tipo ou a descriminalização. A partir de então, trata-se da teoria do bem jurídico e sua aplicação à luz dos princípios penais constitucionais consagradas na Lei Maior Brasileira. Por fim, este estudo avalia, de modo crítico, se, após as diversas mudanças que o Brasil vem sofrendo em seu cenário social desde a promulgação da codificação penal de 1940, é necessária a subsistência do tipo penal e seus fundamentos. Tal reflexão não poderia deixar de explorar a avaliação da tipicidade formal, material e conglobante. Conclui-se, destarte, tratar-se de análise que enfrenta diversas controvérsias acerca do sistema jurídico como um todo com base em seu arcabouço principiológico, com o intuito de, ao final, compreender se deve permanecer a bigamia sendo tratada como infração penal, reportando-se aos fundamentos jurídicos pertinentes a tal depreensão.

Palavras-chave: crime de bigamia; funcionalismo penal; bem jurídico penal; casamento; lesividade; tipicidade conglobante.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
L.	Lei
MS	Mandado de Segurança
MP	Ministério Público
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O DIREITO PENAL SOB UMA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA	12
2.1 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO	18
2.2 O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO	27
2.3 O FUNCIONALISMO REDUCIONISTA	33
3 TEORIA DO BEM JURÍDICO E A SELEÇÃO DOS TIPOS PENAS INCRIMINADORES	39
3.1 HISTÓRICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL	39
3.2 CONCEITOS DE BEM JURÍDICO PENAL	45
3.3 BENS JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAS CONSTITUCIONAIS: SOBRE A SELEÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL	49
4 O CRIME DE BIGAMIA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	59
4.1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	59
4.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA BIGAMIA	65
4.2.1 Análise histórica da proibição da conduta	65
4.2.2 O tipo penal e bem jurídico tutelado	73
4.3 SOBRE OS FUNDAMENTOS APLICÁVEIS AO NÃO TRATAMENTO PENAL DA BIGAMIA	82
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

Versar sobre o tratamento penal do crime de bigamia, tendo em vista os patentes princípios constitucionais penais e as transformações sociais que se configuram no Estado Democrático Brasileiro, parece apropriado quando se coloca em cheque a legitimidade do tratamento penal da conduta à luz da teoria do bem jurídico penal. Com a adoção do método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial acerca de determinados aspectos do tema, pautando-se em previsões constitucionais e legislativas vigentes e revogadas, busca-se respostas à problemática.

A bigamia afronta a estrutura familiar eleita pelo Estado como ideal, qual seja a matrimonial fundada na monogamia, reputada a mais estável. Ocorre que este juízo fora realizado no início do século XX, quando a sociedade brasileira patriarcalista coadunava-se com tal delimitação. Diante das novas direções traçadas pela Constituição de 1988, é preciso avaliar se a monogamia seria uma diretriz constitucional e, ainda que esta primeira resposta seja positiva, questiona-se se seria passível de tutela penal. A CF/88 inovou ao trazer rol exemplificativo de molduras de famílias e legitima o princípio da pluralidade das relações familiares.

O Direito Penal Brasileiro tem como um de seus princípios basilares o Princípio da Intervenção Mínima, o qual limita o poder do Estado, autorizando-o a escudar de afrontas lesivas tão somente bens jurídicos considerados constitucionalmente fundamentais. Outrossim, enaltece-se o princípio da lesividade, que exige o real risco ou efeito dano a bem jurídico, bem como o princípio da necessidade (desdobramento também do princípio da proporcionalidade), segundo o qual o Estado somente deverá exercer o *jus puniendi* quando não houver outro meio menos pernicioso à proteção do bem jurídico. Destacando-se, inicialmente, tais valores, percebe-se que o Direito Penal não poderá ser invocado em toda e qualquer situação. A mera imoralidade não poderá ser penalmente tutelável, não cabe ao Direito Penal promover a indução de comportamentos morais que, em verdade, devem ser eleitos dentro dos limites da liberdade de cada indivíduo.

De tais premissas também pode-se aferir que os bens jurídicos que podem ser apropriadamente protegidos por outros ramos jurídicos, não devem ser objeto de

guarida penal. O crime de bigamia, à vista disto, é questionado ao se analisar a Direito Penal e seus princípios basilares. Para tanto, faz-se pertinente o estudo das funções do Direito Penal.

Importante perceber que este trabalho visa analisar tão só a proibição penal à bigamia, não competindo trazer ao centro do debate a legitimidade da vedação enquanto ilícito civil. A inquietação surge justamente pelo fato de haver tratamento no âmbito civil acerca do tema e, ainda assim, persistir-se em fazer uso do sistema penal na coibição à poligamia – verificar a necessidade desta intervenção penal parece imprescindível. Daí, questiona-se: Qual seria a função do Direito Penal? O bem jurídico objeto do crime de bigamia ainda merece guarida penal?

Para tanto, fez-se necessário buscar nas teorias funcionalistas os limites, finalidades e funções da atuação penal. Elege-se a teoria funcionalista sistêmica de Günther Jakobs, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin e a teoria reducionista de Eugenio Raúl Zaffaroni. Este é o objeto do primeiro capítulo. Posteriormente, busca-se delinear a teoria do bem jurídico, demonstrando sua evolução e sua atual concepção, vislumbrando sua aplicação à luz dos princípios penais reputados, para esta discussão, mais relevantes. Finalmente, trata-se do tipo penal da bigamia e sua pertinência diante dos novos parâmetros constitucionais, sociais, e penais, neste último caso, referendando-se aos princípios penais constitucionais e teoria do bem jurídico penal. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar se o tipo que prevê a proibição à bigamia se faz ainda pertinente, tendo em vista o arcabouço principiológico privilegiado pela Carta Magna de 1988 e com a adoção da teoria do bem jurídico.

Insta salientar que o referencial teórico adotado pelo estudo são os ensinamentos de Zaffaroni, destacando-se o funcionalismo reducionista e a teoria da tipicidade conglobante. Isto porque tem-se como premissa a necessidade de adoção da teoria do bem jurídico como forma de limitação ao poder punitivo do Estado. Enquanto Jakobs acredita que a norma seja objeto de proteção penal, Roxin defende que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos penais, parecendo mais coerente a quem acredita em um Direito Penal Mínimo. Embora adequado e coerente o posicionamento de Roxin, as lições de Zaffaroni são adotadas como referência por tratarem dos preceitos já defendidos por aquele, além de oferecer

novos fundamentos que vêm promover uma maior completude no discurso limitador da atuação estatal.

Caso haja reconhecimento de que não há pertinência na criminalização da bigamia, não se pode ignorar que o delito em questão é crime fim, será consumado pressupondo-se a prática delitiva da falsidade ideológica, crime meio. O referido tipo penal pressupõe que o sujeito ativo já seja casado e, ao preparar-se para casar pela segunda vez, só poderia realizar tal negócio ao declarar um estado civil inexistente no processo de habilitação para o novo casamento, seja ele o de solteiro, viúvo ou divorciado, mascarando sua condição de casado.

Em vista a tudo isto, a escolha do tema justifica-se diante dos novos desafios que o âmbito jurídico é chamado a enfrentar com as constantes transformações na forma humana de se relacionar, formas que precisam ser respeitadas pelo corpo social. Já não vivemos a hegemonia do patrimonialismo patriarcal, marcado por casamentos negociais. Deve-se reconhecer que as lutas das mulheres por liberdade mudaram significativamente todo o cenário social, objetivos escusos da legislação em garantir a fidelidade, de modo a proteger a paternidade e patrimônio não fazem parte do contexto hoje vivido pelos brasileiros.

A pertinência jurídica concretiza-se quando se admite não ser possível olvidar que o Direito é um recorte epistemológico da sociedade, tendo em vista que esta está em constante transformação, cabendo ao ordenamento jurídico buscar acompanhar todas estas novidades. Claro que é uma tarefa extremamente difícil, os passos da mudanças são muito mais largos do que o sistema é capaz de imprimir. Não obstante, não se pode ignorá-las. A sociedade sofreu diversas mutações desde 1940, quando o tipo do crime bigamia fora criado para condicionar e enrijecer a organização familiar patrimonial, eleita legítima, desconhecendo qualquer outra forma de se relacionar. Hoje a família é regida pelo afeto. Resta saber se estas mudanças são suficientes para se reconhecer se a bigamia deve ser descriminalizada.

2 O DIREITO PENAL SOB UMA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA

O funcionalismo penal busca estruturar o sistema penal direcionado pelas funções que deve desempenhar, intenção que até então não havia alcançado sucesso com as escolas anteriores. O cenário histórico é da Revolução Industrial, as novas tecnologias criam avanços cada vez mais significativos e, ao mesmo tempo, situações cada vez mais arriscadas ao indivíduo e à coletividade. O Direito se depara com uma sociedade de riscos, na qual os delitos, especialmente os culposos, já não eram explicados satisfatoriamente pelo finalismo de Welzel^{1,2}

Percebe-se que os riscos se tornam cada vez mais inerentes às atividades mais essenciais à sociedade, o que passa a questionar a organização social. Assim, configura-se o paradoxo do risco, isto é, a produção de riscos passa a ser essência da vida social acompanhando o desenvolvimento tecnológico, o que gera inseguranças diante das incertezas quanto aos resultados de certa atividade. O risco passa a ser fator desagregador da sociedade, capaz de abalar determinadas instituições e a confiança necessária às relações sociais, abalando, conseqüentemente, a própria organização social.³

Diante desta nova configuração social, o Direito Penal passa se reestruturar o conceito de crime e reformular seus elementos. A imputação passa a atender à necessidade de um sistema penal que precisa atender às suas legítimas funções.⁴ Em meados da década de 60 já não cabia uma função moralizadora que buscasse justificar a pena com um caráter retributivo, nasce um novo modo de encarar o Direito Penal e o seu papel a ser exercido, passando a se discutir finalidades,

¹ A proposta do finalismo de Welzel visa afastar a separação entre aspectos subjetivos e objetivos da ação, modificando a visão de injusto naturalístico para um injusto pessoal. Nasce uma concepção puramente normativa da culpabilidade, já que se retira todos os elementos subjetivos que poderiam a compor. O dolo e a culpa passam a compor o conceito de delito, integram a ação, fazendo da finalidade o núcleo do injusto. Assim, é possível distinguir crimes dolosos de culposos. Só se pode falar em crime se houver culpabilidade, por isso, o crime é conceituado como conduta típica, antijurídica e culpável. (BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20 a 22.)

² PEREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, mai/ago 2014, N.16. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades16.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015, p. 76.

³ *Ibidem*, p. 77.

⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

funções e objeto de tutela penal.⁵

A princípio, algumas pessoas defendem que é da natureza do Direito Penal a distribuição de castigos, sejam elas penas ou medidas de segurança.⁶ Incontestavelmente o Direito Penal é genericamente apontado como mecanismo de reparação e na esperança na efetivação de uma justiça criminal. Destarte, compõe-se a marcha “Lei e Ordem”⁷, bem como “discursos simbólicos e demagógicos”.⁸

A dogmática jurídico penal hoje, em tese, não se coaduna com este tipo de manifestação, em verdade, o empenho da política criminal brasileira deve ser no sentido de consagrar as premissas de um Estado Democrático de Direito. É neste contexto que os institutos penais precisam ser desenvolvidos, principalmente quando se trata das teorias da pena e do delito.⁹ De qualquer sorte, é pacífico que nem toda e qualquer transgressão a preceitos válidos serão passíveis de repreensão penal, mas tão somente as mais perniciosas à paz social.¹⁰

Partindo desta premissa, percebe-se que o sistema penal tem finalidades a serem atingidas ao mesmo passo que exerce determinadas funções. Ressalta-se que, para Luiz Flávio Gomes, as missões não se confundem com as funções, pois aquelas corresponderiam ao que a sociedade espera que o Direito Penal proporcione, enquanto estas traduzem o papel que efetivamente vem sendo por ele exercido.¹¹ Embora haja autores que não se debrucem sobre este tipo de diferenciação.

Contudo, o Direito Penal tem missões, elenca-se algumas delas. Inicialmente, por exemplo, pode-se citar como meta o controle da violência estatal, de modo que

⁵ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, mai/ago 2011, N.7. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2015, p. 105 e 106.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. **Direito Penal Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 14.

⁷ Lei e Ordem e um movimento da política criminal que tem como proposta alternativas e programas a partir de conhecimentos empíricos; a ideia difundida é de repressão máxima, uma maior proliferação de leis incriminadoras com previsões de punições cada vez mais severas, além de uma atuação que suprime os direitos e garantias individuais. ARAGÃO, Igor Rezende. **Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acessado em: 25 abr. 2015.

⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Revista MPMG Jurídico. Set./2005. Ano I, ed. 001, p. 38. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/946/3.4%20.1%20A%20fun%c3%a7%c3%a3o%20do%20direito%20penal.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 22 abr. 2015.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. **Direito Penal Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 14.

¹¹ *Ibidem*, p. 20.

venha a ser contida ou pelo menos minimamente reduzida, o Estado deve impor um castigo a quem violenta um bem jurídico, mas disciplinadamente, de maneira a atender os limites constitucionais aos quais se subordina.¹²

De igual modo, é fim do Direito Penal atalhar a vingança privada, isto é, impedir que a vítima por si mesma venha a retribuir violência ao infrator, já que esta é uma via de autocomposição rechaçada pelo ordenamento constitucional pátrio. Deve-se ter em vista que o contrato social determina que é de legitimação do Estado o exercício do *ius puniendi*¹³, detendo monopólio da Justiça, cabe a este determinar crimes e impor penas. Por fim, se pode apontar ainda como finalidade deste sistema devotar-se a compor um conjunto de garantias a todos aqueles que configuram o litígio penal.¹⁴

Também é missão do Direito Penal proporcionar um conjunto de garantias para todos aqueles que se envolvam no conflito, não somente enquanto fato, como também quando lide configurada em um processo penal. Esta finalidade é possível de ser alcançada com base em princípios penais constitucionais, em especial o da legalidade, o qual determina que ninguém poderá ser punido senão em virtude de lei. Não obstante, sua missão precípua é a proteção dos bens jurídicos constitucionais mais relevantes, salientado o caráter subsidiário e fragmentário¹⁵ da tutela penal.¹⁶

Nesta linha de pensamento, passa-se a tratar das funções, sendo a mais legítima servir de instrumento para a proteção (subsidiária e fragmentária) dos bens jurídicos constitucionais mais importantes contra as afrontas mais atroztes, ou seja, ostenta uma qualidade instrumental.¹⁷ Com o surgimento do Direito Penal liberal por mérito do movimento iluminista, a intervenção do Estado sofre limitações que partem não só de pressupostos formais (expressão do princípio da taxatividade, por exemplo), como também de materiais. Assim, foram selecionados os bens jurídicos mais

¹² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. **Direito Penal Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 20 e 21.

¹³ O direito penal objetivo é o conjunto de regras que limitam o poder do Estado de punir o infrator, enquanto o direito penal subjetivo é o direito que o Estado tem de punir (*ius puniendi*). Deve-se exercer o *ius puniendi* dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelo Direito Penal objetivo. Ressalva-se que o *ius puniendi* não se confunde o *ius perseguendi*, que se traduz no direito de perseguir processualmente a reparação ou punição pelo delito. (*Ibidem*, p. 21).

¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵ O princípio da subsidiariedade e o caráter fragmentário do Direito Penal serão tratados mais à frente, vide o capítulo deste trabalho.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. *Op. Cit.*; 2009, p. 20 e 21.

¹⁷ *Ibidem*, p. 22.

importantes, de modo a protegê-los através deste sistema, instrumento do Estado que detém a capacidade de reduzir a ocorrência de violência nas interações sociais, evitando que bens jurídicos relevantes sofram substanciais lesões. A proteção de bens jurídicos é a real função do sistema penal.¹⁸

Além disto, o Direito Penal exerce funções latentes de modo que a norma não transparece o seu real objetivo, produzindo efeitos distintos dos pretendidos por sua real função. A primeira delas é a promocional, que se concretiza quando o Direito Penal é empregado como via de transformações sociais, visando promover na sociedade a consciência sobre a importância de defender certos bens jurídicos através da criminalização.¹⁹

Por outro lado, é possível que o Direito Penal seja invocado ao se criar leis através das quais se deseje demonstrar um efetivo combate à criminalidade, criando na população um efeito psicológico no sentido de que algo está sendo feito pela segurança pública. A ideia é tranquilizar a opinião pública ao, fantasiosamente, vender a imagem de que o legislador se posiciona, se compadece com as aflições sociais, de modo a buscar erradicá-las.²⁰

Para alguns autores, o sistema penal também exerce uma função seletiva, que pode se expressar de forma arbitrária. O Direito Penal selecionaria, por vezes arbitrariamente, indivíduos de classes sociais humildes, buscando criminalizá-los com o intuito de impor aos demais limites sociais. Outros acreditam que seja função penal sustentar a hegemonia de uma classe social sobre a outra (aqui percebe-se um discurso genérico e marxista).²¹

Percebe-se que o Direito Penal acaba por cumprir pelo menos mais atribuições, que lhes são primordialmente ilegítimas, tendo em vista que foge à real incumbência de proteção penal aos bens jurídicos mais indispensáveis à vida em sociedade. São alçadas que acabam sendo, de um jeito ou de outro, exercidas, mas que, em um

¹⁸ BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal**. 2014. Disponível em <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. **Direito Penal Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 22.

²⁰ BIANCHINI, Alice. *Op. Cit.*, 2014. Disponível em <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 73.

Estado Democrático de Direito como o Brasil, não podem ser sobrepostas à real responsabilidade do Direito Penal.²² Certamente, os cidadãos não encontrarão as merecidas paz e tranquilidade que esperam com a sua aplicação, não é de sua capacidade reeducar o infrator quando se encara pragmaticamente o sistema penal como se configura hoje, a conclusão é de que se trata de uma questão muito mais social que política.²³

Não obstante, verdadeiro é o fato de que o Direito Penal é a última via de controle estatal para inibir a prática delituosa, devendo este estar consoante aos limites impostos pela Constituição Federal. Sendo assim, este será meio de proteção de garantias fundamentais previstas pela Carta Magna, de forma a espelhar dignidade humana.²⁴

O funcionalismo penal desdobra-se em diversas correntes, dentre as quais destacam-se o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo reducionista de Eugenio Raúl Zaffaroni. Existem muitas diferenças entre os referentes desdobramentos, no entanto, se for possível apontar uma premissa sobre a qual todos os defensores deste movimento concordam é a de que a concepção do sistema penal não deve ser vinculada a aspectos ontológicos²⁵, como causalidade, ação, entre outros, mas ser direcionada tão só pelas finalidades do Direito Penal.²⁶

Para a elaboração da teoria funcionalista, resgatam-se os perpétuos avanços

²² BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal**. 2014. Disponível em <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

²³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Revista MPMG Jurídico. Set./2005. Ano I, ed. 001, p. 38. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/946/3.4%20.1%20A%20fun%c3%a7%c3%a3o%20do%20direito%20penal.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 22 abr. 2015.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Welzel propôs o afastamento do pensamento neokantista, à medida que se afastou de conceitos abstratos, propondo a investigação da ação humana em sua essência, buscando no autor da ação humana o conceito de delito, por isso finalismo ontológico, precedendo qualquer valoração jurídica. Assim, propôs que a capacidade humana de conduzir seu agir com a finalidade de alcançar determinado fim deliberadamente traduziria a ação como uma atividade final e não somente causal. Se o homem tem um conhecer causal prévio, que pode orientá-lo a praticar diferentes atos que determine um fim, a ideia de dolo e culpa passa a integrar o conceito de injusto. Assim, reprováveis são aquelas condutas que produzem resultados finais contrários ao direito, sento o conceito de reprovabilidade, portanto, também situado no injusto. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 266 e 267).

²⁶ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

neokantistas²⁷, quais sejam “a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito”.²⁸ Acrescenta-se, contudo, um novo imperativo a estas diretrizes valorativas, deve o Direito Penal cumprir a missão de promover uma prevenção geral e especial de modo a proteger os bens jurídicos constitucionais. Estes referidos conceitos devem se conformar a uma funcionalização, quer dizer, exige-se que tenham a capacidade de desempenhar a função para a qual fora designado dentro do ordenamento, de modo a promover resultados mais razoáveis e adequados possíveis.²⁹

A finalidade da pena passa a ter fundamental importância para o sistema funcionalista. Os pressupostos da pena compõem o delito e, conseqüentemente, devem ser estruturados tendo por objetivo alcançar os fins daquela. Recusa-se a retribuição como finalidade da pena, o objetivo é uma prevenção que evite lesões aos bens jurídicos, produzindo efeitos sobre a sociedade como um todo (prevenção geral) e sobre o autor do delito (prevenção especial).³⁰

A concepção de prevenção geral transmuta-se, se o ideal antes seria intimidar criminosos em potencial (prevenção geral negativa), com o funcionalismo penal o objetivo passa a ser um comportamento social positivo de respeito ao ordenamento jurídico, promovendo uma estável confiança na vigência das normas, reafirmando ainda os bens jurídicos tuteláveis (prevenção geral positiva). A prevenção geral passa a ser o principal fim legitimador da pena, ao qual é somada a finalidade de prevenção especial, que atua diretamente sobre o indivíduo delincente, objetivando

²⁷ Orientação filosófica, introduzida especialmente por Radbruch, que buscou diferenciar as ciências de acordo com o seu mérito, promovendo a superação do positivismo jurídico sem negá-lo. Deste modo, superou o método indutivo e formalista de interpretação positivista, passou a ter como objetivo uma compreensão dos fenômenos jurídicos com base em valores. No entanto, não teve esta dimensão axiológica como objeto de estudo. O neokantismo, também conhecido como neocriticismo, fora assim denominado, porque volta a valorizar a metodológica diferenciação entre *ser* (que se refere ao mundo fático) e *dever ser* (que engloba uma categoria de valores) a partir de uma reflexão sobre a obra “Crítica da Razão Pura”, onde Kant se propõe a estabelecer claramente esta distinção. A ciência jurídica separa categoricamente o *ser* do *dever ser*, sendo o *ser* a prioridade eleita pelo positivismo, enquanto o neokantismo inovou ao propor uma supervalorização do *dever ser*. Deste modo, a conduta humana deixa de ser encarada como um fato natural baseado na relação entre causa e efeito, pois o Direito Penal nada mais é que uma ciência cultural, portanto valorativa, estabelecendo a separação das ciências do *ser*. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113 e 114. GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana no pré-causalismo ao funcionalismo pós finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 95 a 97.

²⁸ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

²⁹ *Ibidem*, p. 6 e 7.

³⁰ *Ibidem*, p 7.

ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou ao menos evitar que venha a praticar novos delitos (prevenção especial negativa).³¹

2.1 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO

A concepção de Günther Jakobs encontra fundamentos diretamente ligados à filosofia jurídica difundida por Hegel³², com forte influência da concepção de Niklas Luhmann³³. Jakobs propõe um sistema funcional, cujos valores são deduzidos da teoria sociológica de Luhmann³⁴, e no qual a missão da pena se traduz em um caráter instrumental, a pena servirá ao Direito para manter a vigência da norma antes violada, de modo a manter o modelo de contrato social.³⁵

Quando o infrator se comporta de maneira tal a romper com as expectativas que

³¹ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

³² Hegel fora um dos principais expoentes da teoria retribucionista, inspirada na Lei do Talião. A teoria absoluta da pena diz que a pena encontra fim em si mesma, não sendo instrumento para alcance de finalidades outras. É mera decorrência da prática de um ilícito, não havendo em que se falar em meio de prevenção. Assim, a pena serviria tão só para atribuir aplicabilidade ao sistema jurídico penal. A ideia traduzida em realizar justiça através de retribuição, ao mal do crime, o mal da pena. Não se ignora que a pena pode vir a cumprir funções, no entanto, a finalidade é tão só de retribuição. Hegel estabelece um método dialético da pena, o delito seria uma negação ao Direito e a pena seria uma negação daquela primeira negação, representando a reafirmação do ordenamento jurídico. EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9 a 21.

³³ LUHMANN propõe a tese da sociologia sistêmica na Alemanha. Nega o conceito tradicional de sociedade como um conjunto de pessoas ou de interações entre estas, seria sim um sistema composto de subsistemas, quais seriam os seres humanos. Cada subsistema seria competente para cumprir um papel, isto é, a consciência de cada indivíduo deve se subordinar a um papel que o torna funcional, bem como promove um equilíbrio. Esse subsistema consciente deve se incorporar ao sistema de forma a cumprir papéis generalizados e normatizados. Um verdadeiro organicismo extremo. Neste sentido, o autor nega conceitos de finalidade e causalidade, explicando-se os sistemas apenas pelas suas funcionalidades. Cada ser humano agiria funcionalmente ao passo em que se adapta aos seu papel, papel este que tem por função equilibrar o sistema. Facilitaria, pela tese, o agir humano, que não precisaria buscar a consciência em cada situação que fosse submetido. É uma teoria que visa que o indivíduo se submeta e se adapte a toda e qualquer norma, sendo a legitimidade do direito fundada na aceitação. A aceitação que estabiliza a norma, no entanto, seria um processo de distração, no sentido que o indivíduo não pensa sobre a regra, não a questiona, apenas a cumpre, porque sabe que é assim que deve agir. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, vol. I, 2003, p. 621 a 626.

³⁴ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

³⁵ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

lhes são imputadas pela norma, a pena deve ser aplicada de modo a exercer a função de demonstrar à sociedade, que legitima o sistema, que, embora haja desrespeito à norma, os cidadãos podem permanecer depositando na vigência da norma sua confiança.³⁶

O autor defende a prevenção geral em sua modalidade positiva. Isto quer dizer que, para Jakobs, é crucial que se puna os fatos delitivos constantemente, de modo a produzir conseqüentemente o fortalecimento da convicção na população de que existem bens intangíveis; senão fortalecer, pelo menos não sofra um desgaste.³⁷

Defende que perceber o ordenamento jurídico como uma estrutura que visa a garantir a relação entre pessoas é o mais coerente, o direito não seria uma fortaleza para proteção de bens. O Direito Penal compreendido como uma “fortaleza” para a tutela de bens implicaria entender que um sujeito, preso a seus bens, deve ser amparado dos constrangimentos provocados por terceiros. O que o autor propõe é que a proteção dos bens também seja obedecida pelo Direito ao se garantir a expectativa de que novas ameaças não sejam lançadas a estes com os efeitos da prevenção geral positiva. No entanto, o bem penalmente tutelável não pode ser personificado por um objeto físico, ou qualquer outra coisa do gênero, mas sim pela norma, uma expectativa garantida. Afinal, nesta linha de pensamento, se o direito é uma estrutura de relação entre pessoas, logo, com espírito normativo, não poderia ser encarnado por um objeto físico.³⁸

Viver em sociedade, submeter-se às mais diversas formas de interações, pressupõe um desenvolvimento alicerçado em expectativas, as normas desempenham o papel, nestes cenários, de construções sociais difundidas pela comunicação. Por assim ser, a comunicação é a principal forma de interação, no qual leva-se em consideração não só a perspectiva de quem atua, como também a dos demais integrantes da sociedade. Assim, no sistema de Günther Jakobs a ação será

³⁶ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

³⁷ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

³⁸ *Ibidem*, p. 33 e 34.

concebida como um ato comunicativamente relevante.³⁹

Para o autor, o sujeito expõe através de seu comportamento que para ele não vigem expectativas universalizadas de conduta, assim ele exprime um esboço de sua concepção de mundo. Esta concepção desrespeita a vigência da norma, retirando sua autoridade atribuída pelo modelo de contrato social. Nesta linha, parece lógico compreender que só há ação capaz de ensejar uma penalização ao agente quando este atua culpavelmente. Se um sujeito incorre em erro de proibição, por exemplo, o seu modo de agir não manifesta um ato comunicativamente pertinente no qual se nega a vigência da norma.⁴⁰

O que segue determinante é a norma, o significado que dota o comportamento do infrator não é decisivo, passando a ocupar o mesmo plano da pena. Do significado extrai-se sua missão, a qual consiste na reafirmação da vigência da norma, de modo a lograr sua estabilidade. Em resumo, Jakobs define que a missão da pena é preservar a norma como paradigma orientador para os contratos sociais. Por isso, o conteúdo da pena é uma réplica, “que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”.⁴¹

Aceitar que elementos do delito são edificados a partir dos objetivos traçados pelo Direito Penal e que a função da pena é promover a manutenção de estruturas básicas de um corpo social, exige uma reformulação do clássico conceito de bem jurídico: o Direito Penal deve proteger os mecanismos que proporcionem preservar a identidade de uma sociedade, ou seja, expectativas fundamentais para constituí-la.⁴²

Em suma, define que a função do Direito Penal não está relacionada diretamente com a proteção de bens jurídicos, a funcionalidade está na reafirmação da vigência da norma que fora violada pelo comportamento delinquente do ofensor. A proteção do bem jurídico seria uma mera consequência da proteção do próprio sistema e de suas normas. Deste modo, antes de atingir o bem vida, por exemplo, o assassino desenha uma realidade onde a norma não tem vigência, o delinquente nega a

³⁹ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁴¹ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 279.

⁴² LYNET, Eduardo Montealegre. *Op. Cit.*, 2005, p. 15.

existência da norma.⁴³

O referido autor propôs que a competência, enquanto conceito normativo, sobrepusesse os elementos ontológicos, quais sejam causalidade e finalidade, sobre os quais se estruturavam o naturalismo⁴⁴ e finalismo⁴⁵⁻⁴⁶ penais. O convívio social impõe a cada indivíduo um determinado papel composto por inúmeras expectativas.⁴⁷

Jakobs propõe a fusão integral entre prevenção e culpabilidade, de modo que a finalidade da pena vai determinar o conteúdo da culpabilidade. Para o funcionalismo sistêmico, a ausência de culpabilidade do inimputável não se justifica por este não poder atuar de outra maneira, mas sim porque a sociedade não requer que se estabilize a norma com a aplicação da pena pelo desrespeito a uma expectativa provocada por um inimputável, o que se justifica pelo fato de sua conduta não expressar um ato comunicativamente significativo de desautorização.⁴⁸

A exteriorização da consciência de mundo que o criminoso aplica em sua conduta delituosa desafia a visão dos demais membros da sociedade, que passam a se questionar sobre o que realmente prevalece. A transgressão normativa implica

⁴³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120 A 122.

⁴⁴ A concepção causal-naturalista da ação fora elaborada por Von Liszt e doutrina que a ação se expressa como uma alteração causal do mundo fático, percebida pelos sentidos, e realizada em decorrência da manifestação de vontade, seja ação omissiva ou comissiva. A ação será traduzida como o impulso da vontade que modifica o mundo exterior. Percebe-se que o conceito de ação, portanto, perpassa pela volição, resultado produzido e o nexos de causalidade entre estes estabelecido. Entretanto, o conteúdo de vontade compõe a concepção de culpabilidade. Assim, basta ser um ato volitivo para se considerar que há ação. (BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33 a 35).

⁴⁵ A finalidade se baseia na capacidade de prever as consequências de sua atuação, dentro de certos limites, em um curso causal e direcionar este curso de acordo com um plano, a consumação do fim. O juízo da ação final parte da vontade, consciente do fim, diretora dos eventos que provocou. (“Dado que la finalidad se basa em la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias de su intervención em el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la esponsa dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora dela acontecer causal”. – WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio Césas Faire Editor, 2006, p. 42).

⁴⁶ Sistemática adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1940, de fato a melhor opção à época de promulgação do Código Penal, tendo em vista a teoria do bem jurídico ser mais recente. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 347).

⁴⁷ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

⁴⁸ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

diretamente na orientação, deturpa a percepção dos demais membros da sociedade. Cabe ao Direito Penal, assim, determinar e conceituar quais seriam as condutas desviantes da norma.⁴⁹ Estas violações ao sistema social composto por normas geram decepções, as quais tornam incontestável a indispensabilidade da “reconfirmação” das expectativas. Para o Direito Penal, esta reafirmação decorre da imposição da pena, o que se traduz como uma comprovação de que vige a norma às custas do sujeito considerado competente que ignorou as expectativas normativas.⁵⁰

A ideia é que, por meio de uma generalização temporal de expectativas, a sociedade, enquanto sistema, crie determinados mecanismos para que seus cidadãos possam seguir confiando nas regras impostas, mesmo diante de sua defraudação. Ainda que descumprida uma expectativa normatizada, o homem poderá manter confiança nesta expectativa, pois a sociedade tem um instrumento para manter aquela norma infringida como modelo da orientação social, qual seja a sanção penal. É através desta que o Estado indica que, apesar de romper uma norma de conduta, de negar o direito, o cidadão pode seguir depositando sua confiança. A imposição da pena aponta que não vige a concepção de mundo que tem o sujeito, concepção esta só dele, nega-se a negação promovida pelo delinquente, por isso o cidadão pode permanecer buscando orientação para suas condutas com base nas expectativas gerais. A sanção, portanto, é mecanismo de estabilização das expectativas sociais.⁵¹

Se o Direito Penal deseja cumprir a função de reafirmar expectativas violadas, precisa se preocupar em estruturar um mecanismo conceitual teleológico, a fim de melhor atender este serviço. Como efeito, processa-se a “renormatização” dos conceitos. A partir de então, um agente não é quem causa ou quem pode frustrar a ocorrência de um fato, mas sim aquele que pode ser capaz de tanto. Os conceitos de causalidade, capacidade, poder, culpabilidade têm seu conteúdo pré-jurídico olvidados, e se transmutam em definições de fases de competência. Destarte, toda teoria do delito converte-se em teoria da imputação, e na questão de que se alguém

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121 e 122.

⁵⁰ GRECO, Luis. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

⁵¹ LYNETH, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14 e 15.

cometeu um crime deve-se compreender, em verdade, se é necessário punir para reatestar a validade da norma, a fim de reestabilizar o sistema.⁵² Ao contrário do que propõe Roxin, como tratar-se-á mais à frente, Jakobs escolhe definir a ocorrência de risco sem levar em consideração cursos causais hipotéticos.⁵³

As normas são expectativas de comportamentos que a sociedade tem sobre o indivíduo, ao serem expressamente apresentadas, formalizando padrões de condutas. O conjunto de expectativas relacionadas a um indivíduo compõe o papel, conceito tratado por Jakobs em sua teoria da imputação objetiva. As pessoas devem responder a esta expectativa, devem cumprir o seu papel, a sua função específica e estabelecida por um determinado contrato social. Esses papéis são objetos de garantia do Direito Penal, pois são disposições definidas normativamente e passíveis de ocupação por sujeitos intercambiáveis.⁵⁴

Quando um injusto é provado, ou seja, uma legítima expectativa constitucional é desprezada, o Direito passa a explicar a situação, podendo adotar dois caminhos: o crime é cometido em razão do acaso (o caso de um delito cometido em estado de necessidade, culpa da vítima, etc.), ou é imputada a um sujeito a conduta por motivos que não justificam juridicamente o desvio. Nesta última situação, o ofensor deve ser responsável pelo desrespeito à norma através de um juízo de culpabilidade; a norma deverá ser reestabilizada em face de sua punição.⁵⁵

Considerando ser inadequado representar a sociedade através da possessão de bens, tomar a lesão de um bem como referência para a imputação penal também será inapropriado, a orientação a ser adotada para responsabilização é a infração de um papel. A violação de um papel não deve ser apreendida como lesão a um bem. O direito é estrutura de interação entre indivíduos, que, por sua vez, são representadas como titulares de certos papéis. Nesta linha, a determinação de uma conduta não autorizada por meio dos diversos institutos da imputação objetiva obriga, considerando todo o contexto social, determinar um papel social, inclusive

⁵² GRECO, Luis. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

⁵³ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 123 e 124.

⁵⁵ GRECO, Luis. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

quando se tratar de deveres negativos.⁵⁶

O objeto da imputação objetiva será o comportamento desviante das expectativas direcionadas ao portador de um papel. A capacidade de quem atua não é elemento decisivo, mas sim a capacidade do portador de um papel. Entende-se por papel a referência a um sistema de disposições determinadas pela norma, ocupadas por sujeitos intercambiáveis. Imputa-se uma conduta a um determinado autor, não de acordo com a sua interpretação sobre o fato, pois não tem importância o seu intuito, mas aplica-se uma interpretação objetiva que deve ser dirigida de acordo com o papel cabível ao autor.⁵⁷

Na relação entre autor do delito, vítima e terceiros, de acordo com os papéis que cada um deve desempenhar, é preciso determinar a quem compete (individualmente ou juntamente a outrem) o acontecimento juridicamente relevante. Isto quer dizer que quem violar seu papel, por ter exercido de maneira deficiente, deverá responder penalmente. Se a vítima foi quem violou o seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Quando todos se comportam de acordo com o papel, resta a possibilidade de explicação do que ocorre como fatalidade ou acidente.⁵⁸

Para o autor “só é possível orientarmo-nos se não contarmos, a cada momento, com comportamentos imprevisíveis de outra pessoa”. Caso contrário, cada interação social terá o condão de se converter em perigos imprevisíveis. O ser humano cria determinadas expectativas ao estabelecer contatos sociais, entre as quais se pode destacar duas categorias: expectativas pautadas em leis naturais, às quais o ser humano se sujeita; e as expectativas fundadas na pretensão de que a norma vigente seja cumprida.⁵⁹

A imputação objetiva para Jakobs, portanto, se funda na delimitação de campos de competência; somente responde por condutas ou resultados que o sujeito deve desenvolver ou evitar em decorrência das obrigações que surjam de seu âmbito de

⁵⁶ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.36 a 39.

⁵⁷ *Idem*. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁹ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274.

responsabilidade e que não correspondem a uma posição de garantidor.⁶⁰ Jakobs entende, deste modo, que a ação será objetivamente típica quando o autor violar seu papel, o qual é traduzido, do ponto de vista dogmático, como uma posição de um garantidor.⁶¹ Isso quer dizer que o serão imputados tão somente os riscos que o autor tenha o dever de evitar, independentemente do resultado ser produzido por uma ação ou omissão. Gerar o efeito delitivo desvinculado da postura de garantidor seria, em última hipótese, uma omissão de socorro.⁶²

Cada sujeito deve se reconhecer como garantidor dessas expectativas, e não só aquele que pratica crimes omissivos impróprios, como prevê a clássica doutrina, em especial a brasileira. Essa adstrição de competência ao sujeito, configurando essa posição de um provedor de garantia desses propósitos, seria um pressuposto da ilicitude de condutas, sejam omissivas ou comissivas.⁶³ Nas palavras de Luis Greco, ao citar lições de Roxin sobre o sistema de Jakobs, “uma vez violado o papel, uma vez decepcionadas as expectativas dirigidas pela sociedade ao autor, está criado o risco juridicamente desaprovado”.⁶⁴

Com um propósito diferente do trazido pelo finalismo, as distinções entre as várias categorias de delito não se embasam no fato da conduta ser delituosa ou culposa, ser ação ou omissão. Dependem, em verdade, que a conduta seja situada no âmbito da competência institucional ou competência por organização.⁶⁵

A imputação não tem como ponto central a pergunta se um fato era evitável ou cognoscível. Em verdade, primeiro deve-se analisar se o sujeito era agente competente para exercer os deveres previstos normativamente, como, por exemplo, de proteção de um bem jurídico em relação a determinados riscos, para só então

⁶⁰ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 21.

⁶¹ Em nosso ordenamento, a figura do garantidor tradicionalmente corresponde a uma delimitação de delitos omissivos impróprios.

⁶² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 125 e 126.

⁶³ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, 2002, p. 128.

⁶⁵ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 24.

responder se o evento era evitável ou cognoscível.⁶⁶

As expectativas baseadas em lei da natureza são de caráter cognoscível, quando decepcionadas, deve-se buscar aprender novas formas de se prevenir e melhorar seu comportamento diante destas situações para o futuro. Por exemplo, quando um sujeito tem um ataque epilético, espera-se que tenha convulsões como uma consequência natural de seu estado. Se, durante um ataque, este indivíduo causa danos patrimoniais a outrem, não poderá este ser responsabilizado, pois isso significaria que qualquer um em qualquer situação poderia ser um autor em sentido penal, o que quebraria com a segurança deste sistema de expectativas. Casos como estes não devem passar de eventos meramente naturais, o que sai do âmbito de atuação do Direito Penal.⁶⁷

As expectativas embasadas em leis da natureza não podem ser imputadas a qualquer sujeito, diferentemente das expectativas que se assentam em normas jurídicas. Quando alguém atua em desconformidade a uma expectativa que se justifica na obediência da norma, tem-se uma decepção. Quando se confronta a expectativa e a decepção, o sistema deve atuar para que prevaleça a primeira. Assim, a expectativa normativa deve se afirmar contrafaticamente, ou seja, o comportamento esperado fundado em uma norma deve preponderar em face do fato que causou a decepção.⁶⁸

Os deveres decorrentes da competência institucional se estruturam mesmo que o agente sobre o qual recai expectativas não tenha criado riscos para os bens jurídicos, fundamentando-se na solidariedade, a qual surge e se funda em certas instituições basilares para a sociedade. Neste caso, trata-se de deveres positivos, segundo os quais, distintamente do que ocorre com os negativos (em que o sujeito não deve invadir âmbitos alheios), há um dever de proteção especialmente contra determinados riscos.⁶⁹

⁶⁶ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 20.

⁶⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274 e 275.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 275.

⁶⁹ LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 24.

Conclui-se que o verdadeiro fim do Direito Penal, segundo Jakobs, é a manutenção de expectativas normativas, firmando-as diante das decepções. O autor se afasta da tradicional definição de bem jurídico como valor ou entidade juridicamente protegido. A finalidade penal seria, portanto, a proteção de seu corpo normativo, sendo a pena, sobretudo, instrumento para restaurar a confiança em sua validade.⁷⁰

2.2 O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO

No sistema funcionalista teleológico de Claus Roxin, o sistema jurídico-penal deve ser estruturado racional e finalisticamente, alicerça-se sobre pontos de vista valorativos, valores estes que derivam da política criminal, não de uma política criminal indefinida e sim daquela estabelecida pelos princípios constitucionais de garantia, própria de um Estado de Direito.⁷¹ Deve o Direito Penal assegurar aos cidadãos o direito à vida comum pacífica e livre sob a proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, traduz-se sua função.⁷² Nas palavras de Roxin:

Estes fundamentos se remontam ao iluminismo europeu e à noção de Contrato Social que se desenvolveram pelos cidadãos, como portadores do poder estatal, instituem um governo ao qual se transfere o monopólio da violência, na medida em que é necessário garantir a segurança e liberdade. (Tradução livre)⁷³

Enquanto o normativismo sistêmico debruça uma preocupação muito maior sobre os fins da pena, o funcionalismo teleológico busca orientar-se pelas finalidades do Direito Penal. A orientação funcionalista sistêmica prioriza o garantismo penal por meio de seus valores e princípios, tendo nas finalidades político-criminais seu norte. A orientação funcional sistêmica, por outro lado, busca considerar as necessidades

⁷⁰ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 283.

⁷¹ GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

⁷² “[...] la función del Derecho penal reside em asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente”. (ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p 4 e 5).

⁷³ “Estos fundamentos se remonta la Ilustración europea y a la noción de Contrato Social que em ella desarrolla por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal, instituyen um goierno al que le transfieren el monopólio de la violencia, em la medida em que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. (*Ibidem*, p.5).

do extremo organicismo proposto, devendo o Direito penal se adaptar a estas.⁷⁴

Ao tratar de pena, a formulação da teoria Dialética Unificadora de Roxin privilegia a função de prevenção geral, sem deixar de atender missões outras. A acepção da pena deve ser utilitarista, deve se compor por finalidades. Os fins almejados pela pena devem traduzir as missões do Direito Penal, estas definidas pelos objetivos do Estado.⁷⁵

Contudo, o Estado não pode determinar livremente proibições a partir de um discurso de mera conveniência, a própria lógica do sistema impõe limitações, as vedações só serão legítimas quando for estritamente necessário para promover a segurança e liberdade das pessoas.⁷⁶

Assim, o autor propõe que cada momento que integra o processo de penalização deve obedecer à finalidade da pena. Na primeira fase deste processo, a cominação da sanção penal, que é manifestação do jus puniendi, o Estado de Direito, titular do direito de punir, tem papel que determinará a função do Direito Penal. Este papel não poderia ser outro senão garantir condições de satisfazer as necessidades vitais de um corpo social reunido interior ou externamente em um Estado. Desta premissa, Roxin conclui que tem natureza subsidiária as normas do Direito Penal, este não pode preocupar-se com condutas tão somente imorais ou que não lesionem bem jurídico algum (premissas do princípio da subsidiariedade e da ofensividade, respectivamente).⁷⁷

Na etapa de aplicação, isto é, da individualização judicial da pena, a missão é primariamente prevenção geral, concretizando a ameaça da pena (fase de elaboração da norma penal). Para Roxin, não basta que se cumpra uma figura intimidadora com o intuito de atemorizar as pessoas a certas práticas (prevenção geral negativa), mas também fortalecer o caráter conscientizador quanto ao

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 270.

⁷⁵ EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73 e 75.

⁷⁶ “[...] el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas”. ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p. 5.

⁷⁷ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 63 e 64.

ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).⁷⁸

Não obstante, a aplicação da pena também tem finalidade especial, exercendo uma intimidação ao delinquente para que, assim, se desestimule a reincidência. O infrator não é um instrumento, não é coisificado com a aplicação da pena para atingir o fim de prevenção geral. Seu julgamento deve decorrer da medida de sua pessoa, não importando mera utilidade para as finalidades de outrem. A culpabilidade passa a ser medida para evitar possíveis excessos que poderiam ter origem na ideia de prevenção geral, é limitação ao jus puniendi. Neste sentido, nas palavras de Paulo Queiroz⁷⁹:

Roxin concluirá que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

Na execução da pena, última etapa de realização do Direito Penal, tem-se a finalidade da prevenção geral, de modo que a pena projete efeitos sobre toda a sociedade, já que sua aplicação demonstra a eficácia normativa penal, incentivando os cidadãos a não desrespeitá-la.⁸⁰

Roxin entende que sem perder de vista a prevenção geral, a pena também tem por objetivo a reintegração do infrator no corpo social, ou seja, sua ressocialização. Neste sentido, o autor defende que se deve garantir a autonomia da pessoa, direito constitucional, de modo que está vedado tratamento coercitivo que venha a interferir na estrutura da personalidade do delinquente, ainda que seja medida de eficácia ressocializante, isto é, rechaça-se a prevenção especial negativa. Não se deve ignorar Direito Penal deve limitar o poder do Estado intervir, protegendo àqueles que se submetem ao ordenamento jurídico de uma desmedida repressão estatal.⁸¹⁻⁸²

Entender a função da pena é de suma importância, muitas vezes se confunde com a compreensão dos fins e funções do Direito Penal, o que realmente interessa nesta

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 65.

⁷⁹ *Ibidem* p. 65 e 66.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 157.

⁸¹ QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.* 2008, p. 66.

⁸² Ressalva-se que Jakobs se debruça mais sobre estudo da funções da pena que Roxin, de forma que não há como falar em funcionalismo sistêmico sem tecer comentários quanto a algumas dessas ideias. Ao tratar de funcionalismo teleológico, alguns esclarecimentos quanto à teoria da pena são pertinentes para perceber os contrapontos da linha de pensamento de cada autor. No entanto, não se considera necessário uma análise crítica em relação às teorias da pena aos fins almejados por este estudo.

linha de estudo. Para Roxin, é função do Direito Penal comprometer-se e preservar a garantia de uma convivência pacífica em sociedade, assegurando que seus cidadãos sejam livres e permaneçam socialmente seguros, claro que somente quando estas finalidades não possam ser efetivadas através de outras medidas sócio-políticas que produzam efeitos menos negativos possíveis à liberdade dos indivíduos que compõe o corpo social.⁸³

A distinção entre objetivos e realidades aponta que alguns bens jurídicos não foram necessariamente apontados pelo legislador, pois são anteriores até mesmo ao exercício de criação da norma, como o direito à vida, mas também existem aqueles que são por ele criados e estabelecidos como objeto de proteção. Cabe a avaliação de quais devem ser submetidos à tutela penal em *ultima ratio*.⁸⁴

Roxin critica veemente teoria de Jakobs sobre a função do Direito Penal. Para Roxin, sistema penal protege determinados bens jurídicos, que merecem esta tutela, e a validade da norma se condiciona ao exercício dessa função. No entanto, Jakobs inverte a lógica desta sistemática. Para este, a norma é o objeto de proteção penal, isto é, ao invés de se ter o bem jurídico como parâmetro de sua legitimidade ao avaliar sua finalidade, a norma passa a ter um fim que se legitima nela mesma.⁸⁵ A validade da norma, porém, como aponta Roxin, tem alçada abstrata, a sua existência prevalece no mundo ideal, enquanto a lesão aos bem jurídico é indiscutivelmente real.⁸⁶

A função do Direito Penal, baseado na teoria do Estado, para o funcionalismo teleológico, portanto, é amparar os bens jurídicos constitucionais mais relevantes. Entretanto, não é correto afirmar que esta proteção será dirigida a todo e qualquer bem jurídico de forma absoluta. Configurando a modalidade mais grave das sanções estatais, o Direito Penal deve intervir somente onde as demais medidas estatais mais brandas, a exemplo das sanções civis ou administrativas, não forem suficientes para promover a paz e a liberdade.⁸⁷

⁸³ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2012, Ano 18, nº 82, p.38.

⁸⁴ *Idem*. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16 a 19.

⁸⁵ *Idem*. *Op. Cit.*, ago. 2012, p. 295.

⁸⁶ *Ibidem*, p.38.

⁸⁷ “[...] la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el Derecho penal nunca ha tenido la

Para incumbir ao Direito Penal a função de proteger bens jurídicos, é preciso que se tenha muito evidentemente o que seriam estes. Até mesmo porque, esta definição é instrumento de interpretação da norma vigente, de modo que não se pode recorrer à norma penal para defini-los. Em verdade, o conceito servirá de direção para se verificar a validade da norma, formular críticas ao seu respeito. É por esta razão que Roxin trabalha com um conceito político criminal do bem jurídico, de modo a buscar esta definição em apoios externos à lei.⁸⁸

Os bens jurídicos são definidos pelo autor como toda circunstância real ou fins indispensáveis a uma vida livre e segura, de modo a garantir os direitos humanos, bem como os civis constitucionalmente consagrados de cada indivíduo, além de sustentar as premissas de um Estado que se fundamenta nestas metas.⁸⁹

A existência de uma ação típica, para Roxin, não depende de uma causalidade, bem como a finalidade não pode por si só ser critério de determinação de uma ação delituosa, tendo em vista que nem sempre o fim almejado coincide com o resultado alcançado. Dependeria, então, da criação de um risco não permitido.⁹⁰

A sistematização não deve seguir critérios ontológicos (causalidade e finalidade), mas tão somente os fins traçados pela política criminal.⁹¹ Quer dizer, a construção de um sistema penal teleológico acerca da teoria do tipo deve se estruturar de

función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta. El Derecho penal, como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico-civiles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos.” (ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p. 5).

⁸⁸ GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Ano 2, nº 3, jul./dez. 2007, p. 253.

⁸⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16 a 19.

⁹⁰ “La existencia de una acción típica (en mi ejemplo: una acción homicida) no depende por lo tanto ni de la causalidad ni de la finalidad, sino de la realización de un riesgo no permitido, puesto que causalmente también ha contribuido el constructor del coche, que pese a ello, obviamente, no ha cometido ninguna acción homicida”. (ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p. 6).

⁹¹ “En resumen, puede afirmarse que: mi teoría del delito se diferencia de las anteriores épocas del desarrollo del sistema, especialmente, en que la sistematización no se sigue de criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino de los fines político-criminalmente determinados y que desde esta perspectiva, el injusto se amplía mediante la teoría de la imputación objetiva, como la culpabilidad lo hace mediante la introducción de necesidades preventivas de castigo hasta derivar en una teoría de responsabilidad.” (*Ibidem*, OUT/2012, p. 12).

maneira tal que o delito não tenha sua existência dependente de uma constatação da causa ou do intuito da ação, o fato típico deve ser vinculado à conjectura de condições, de modo que estas venham a atribuí-lo ao sujeito que pratica a conduta típica, justificando-se esta subsunção com base em parâmetros de natureza essencialmente normativa.⁹²

É finalidade do Direito Penal proteger os bens jurídicos constitucionais dos assédios intoleráveis de terceiros, mas a viabilidade da concretização desta missão só dependerá da proibição dos riscos não permitidos, ao mesmo passo que se tenha a consciência e a procedência de valorar a infração como a lesão ao bem jurídico, o que realmente representa, um injusto penal. Assim, pode-se definir, genericamente, ação típica como aquela que corresponde a lesões a bens jurídicos penalmente tuteláveis ao se criar riscos não permitidos, riscos estes criados por conduta humana.⁹³

O autor enquadra o conceito de injusto no próprio tipo normativo, já que o fim do Direito Penal é esta proteção subsidiária de determinados bens jurídicos. Deste modo, a forma que o legislador irá alcançar esta finalidade é proibindo toda conduta que crie riscos não permitidos, adotando a teoria da imputação objetiva que se fundamente na ideia de que o autor deve ser responsabilizado pelo fato típico quando crie este risco inadmissível.⁹⁴

Aquele que, por exemplo, produziu um acidente fatal em razão de uma violação de dispositivos de trânsito, realizou uma ação (culposa) de homicídio. No entanto, aquele que apesar da cuidadosa atenção prestada a todos os dispositivos se envolveu num acidente fatal não é autor de uma ação de homicídio, mas sim um cocausador de uma infelicidade que agiu atipicamente.⁹⁵

A liberdade é um direito fundamental de todo cidadão, protegido constitucionalmente, e o poder de intervenção estatal deve ser uma forma de mitigação exercida fundada no equilíbrio, o sujeito deve ter a maior proteção estatal inescusável na medida em que tenha o mais ampla liberdade individual que lhes

⁹² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

⁹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

⁹⁴ *Idem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. Trad. Alair Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2012, Ano 18, nº 82, p.39.

⁹⁵ *Ibidem*, p.39.

seja factível.⁹⁶

Assim, concepção de injusto defendida pelo referido autor perpassa por um entendimento de um sistema que deve zelar pelo equilíbrio entre os interesses de proteção e os interesses de liberdade dos indivíduos, harmonia fundamental para a atual sistemática penal. Para tanto, este equilíbrio é alimentado por três manifestações de sua teoria. Em primeiro lugar, para que isto seja possível, é preciso conceber que apenas as lesões a bens jurídicos podem justificar a constatação de um injusto penal. Segundo, esta harmonia se manifesta no princípio de proteção subsidiária de bens jurídicos, o Direito Penal só deve atuar quando nenhum outro meio de proteção menos gravoso seja capaz de produzir o resultado esperado. Por fim, a teoria da imputação objetiva de Roxin é responsável por resguardar a segurança do sistema, imputando ao autor apenas aqueles fatos decorrentes de riscos que não poderiam ter sido provocados, resultados de riscos permitidos não podem compor o conceito de injusto.⁹⁷

Não adota-se integralmente, no entanto, o modelo roxiniano proposto no Código Penal Brasileiro, pois as peculiaridades e incoerências do sistema penal exige uma interpretação e argumentação forçosa, adaptada à realidade brasileira. Mas não se pode deixar de reconhecer o valor decisivo desta proposta.⁹⁸ Talvez, adotando-se este modelo como referência ao sistema penal brasileiro, promover-se-ia um ordenamento mais justo e coerente, que trata-se tão somente do indispensável, não banalizando a função penal.

2.3 O FUNCIONALISMO REDUCIONISTA

O funcionalismo reducionista, ou contencioso, proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni, define que a função do Direito Penal é reduzir a violência praticada no exercício do poder de polícia estatal, como instrumento do Estado Democrático de Direito, bem como reduzir a seletividade inerente a este exercício. A ideia é reduzir as

⁹⁶ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2012, Ano 18, nº 82, p. 39.

⁹⁷ *Ibidem*, p.40 e 41.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 271.

arbitrariedades, abusos, excessos no exercício punitivo estatal.⁹⁹

O autor mantém o entendimento de que a definição do delito se traduza como toda ação típica, antijurídica e culpável. Entretanto, ao tratar de tipicidade, o autor inova ao trazer novas fundamentações.¹⁰⁰ O tipo penal é expressão de um interesse do legislador em tutelar um ente que valora, atribuindo-lhe status de bem jurídico através de uma norma. Quando um fato se enquadra ao tipo, demonstra que é contrária à norma que prevê este tipo, afetando o bem penalmente protegido. Por consequência, diz o autor que “isto significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa”.¹⁰¹

No entanto, não é porque a conduta se adequa ao previsto formalmente pela descrição do tipo que se deve concluir automaticamente pela sua tipicidade penal. A conduta formalmente típica não será necessariamente antinormativa, pois não pode ser assim considerada uma conduta que, embora adequada ao tipo, não pode ser interpretada como desobediência à norma ou que não lese bem jurídico algum.¹⁰²

Entende que o tipo legal é uma expressão de uma norma, norma esta que tem por objetivo proteger a relação estabelecida entre um sujeito e o bem jurídico tutelado. A mesma integra um ordenamento jurídico composto por outros imperativos, de modo que quando proibitiva não poderá vedar conduta que outra fomenta, estimula a praticar. Caso este fosse o modelo aplicado, não se trataria de um ordenamento normativo, mas tão somente um amontoado de regras que são ditas para atender interesses contrapostos.¹⁰³ Isto é, no momento da adequação típica é indispensável que se faça uma análise de todo o ordenamento jurídico disposto.¹⁰⁴

Para que a antinormatividade seja concretizada, não basta que se comprove “somente com a adequação da conduta ao tipo penal, visto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre afetação do bem jurídico”. Este juízo é atestado após constatada tipicidade legal. A tipicidade penal pressupõe a adequação da

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. II, p. 189.

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 394.

¹⁰² *Ibidem*, p. 394 e 395.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 474.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. II, p. 189.

conduta ao tipo legal, além de violar uma norma e lesionar um bem jurídico.¹⁰⁵

A tipicidade então, além requerer tipicidade formal e tipicidade material, implica em antinormatividade, isto é, uma conduta contrária à norma. Deste modo, pode-se concluir que é inadmissível que uma norma proíba o que outra ordene, isto atrapalharia toda a ordem normativa e promoveria uma desordem de arbitrariedades. A ordem mínima que se deve resguardar entre as normas não permite, no mesmo sentido, que uma norma fomenta o que outra veda. Se o ordenamento estimula a prática de uma conduta, não poderá esta ser considerada típica.¹⁰⁶

Neste sentido, quando um fato se enquadra na figura típica prevista, traduzida como uma norma proibitiva, pode ser que em um primeiro momento, numa interpretação isolada da regra sobre o fenômeno ocorrido, o fato seja considerado típico. No entanto, não é aceitável que a adequação típica se reduza a este procedimento exegeta e simplificado, a hermenêutica jurídica deve proceder em uma análise da proibição conglobantemente, ou seja, interpretar aquele imperativo como um componente de um universo de normas ajustadas de maneira ordenada.¹⁰⁷

A conclusão não poderia ser outra senão na coerência da tipicidade penal ser composta não só pela tipicidade legal (formal), mas também pela tipicidade conglobante, quer dizer, deve se traduzir em uma autêntica vedação penal, fundamentada em uma proibição consagrada por todo o sistema jurídico. Nas palavras do autor, “isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante.”. Servirá, do mesmo modo, para delimitar a capacidade de alcance da norma penal. A tipicidade conglobante irá corrigir possíveis equívocos da tipicidade legal, excluindo do âmbito típico comportamentos que seriam a priori proibidos em uma interpretação exegeta, mas que não são pelo entendimento do ordenamento como um todo.¹⁰⁸

Zaffaroni, apontando pelas suas conclusões pelos estudos da teoria de Roxin, seu referencial teórico, aprimorando determinados conceitos e trazendo novos fundamentos, entende que não há conduta típica sem afetação de um bem jurídico, já que os tipos são manifestações da tutela penal destes bens. É um dos elementos

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 394 e 395.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 396.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 474.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 474 e 475.

essenciais, já que existem requisitos outros para configuração do delito. Sem o bem jurídico penal eleito a ser tutelado, não há sentido teleológico a se atribuir à lei penal. Assim, sem finalidade para lei penal em tutelar um bem, resta apenas um mero formalismo legal.¹⁰⁹

Ocorre que a sociedade através do Estado, legitimado pelo poder que lhe é conferido pelo contrato social, selecionam determinadas pessoas para que se sujeitem ao constrangimento fundado no objetivo de lhes impor penas. Este processo é denominado criminalização, promovidos pelos agentes que compõem o sistema penal.¹¹⁰

A criminalização ocorre em duas etapas: a primária se caracteriza pelo momento legislativo, o ato praticado pelo legislador de criar uma lei penal material sancionadora que incrimina certos atos e/ou permite a punição de determinados sujeito e, genericamente, portanto, se refere a condutas e atos; a secundária, por sua vez, corresponde a “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, ou seja, a persecução penal por entes públicos, de maneira a investigar um fato típico e instaurar processo penal para verificar se o sujeito de fato praticou a conduta juridicamente reprovada para que, em caso afirmativo, se possa impor a pena cabível.¹¹¹

A criminalização primária, ainda que signifique a primeira etapa no processo de seletividade, se edifica em uma fase que mantém determinado nível de abstração, o legislador não tem como saber sobre quem de fato a norma irá se impor pela prática de determinada conduta vedada. É a criminalização secundária responsável pela seleção das pessoas a serem criminalizadas, e não só estas, mas também os vitimizados. E a seleção decorre da opção que as agências policiais adotam entre seleção ou inatividade, tendo em vista que a ocorrência de fatos que dependem de sua atuação fogem à sua capacidade. Assim, realiza-se apenas uma pequena parcela do programa primário proposto.¹¹²

A atividade seletiva não segue um critério próprio das agências policiais, é condicionado por outros componentes sociais, como os meios de comunicação

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 398 e 399.

¹¹⁰ *Idem*; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

¹¹¹ *Ibidem*, *loc.cit.*, p. 43.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. al.* *Op. Cit.*, 2003, p. 44.

social e os agentes políticos. Estes atuam não só na fase secundária, como influenciam também a primária. Aquele que se responsabiliza pelo processo criminalizante é fortemente influenciado, dirigido pelos “empresários morais”. Sem estes, não é possível o despertar para novas seleções.¹¹³

Entretanto, a moral em seu sentido estrito não pode, em nenhuma hipótese, ser considerada um bem jurídico, em especial tutelável pelo Direito Penal. A moral é uma questão essencialmente individual, pois surge da livre opção do sujeito. Não pode o Estado utilizar de artifícios legislativos e jurídicos para impor um juízo do que deve ser considerado moral.¹¹⁴

Não por acaso, o autor conclui que um Estado totalitário é completamente imoral, pois quer impor “moral”. É dever do Estado, em verdade, reconhecer a liberdade moral de cada indivíduo, cedendo espaço à conduta moral eleita por cada um de seus cidadãos, dentro da margem de exercício de autonomia permitida constitucionalmente. O que se deve punir não é a conduta de um indivíduo que age com sua moral sem afetar bem jurídico de outrem, mas sim penalizar condutas que tolhem o livre exercício desta autonomia ética.¹¹⁵

Destarte, o Direito Penal não pode pretender objetivos outros senão a segurança jurídica, já que é um objetivo do Direito como um todo, e isto deve se refletir a aplicação da pena. A pena não tem o intuito de cumprir o papel de promover expiação ou castigo ao apenado, este seria um sentido meramente moral, mas sim atender a função precípua de proteção de garantia de bens jurídicos.¹¹⁶ A finalidade do Direito Penal, no entanto, não é a proteção do bem jurídico, pois, caso esta fosse de fato uma missão penal, haveria uma maior legitimidade à criminalização pelo Estado.¹¹⁷ Nas palavras de Fábio Roque:

Ao se conferir a primazia à tutela do bem jurídico-penal como limite ao poder de punir do Estado, deve-se salientar que não se pode incorrer no equívoco de se valer de fora indiscriminada desta expressão para legitimar a expansão do punitivismo. Nesta esteira, importa salientar que o discurso do bem jurídico é comumente utilizado, em regra, em descompasso com a

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 83, 84 e 401. .

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 84.

¹¹⁷ ARÉDES, Sirlene Nunes. O conceito material de bem jurídico penal. **PHRONESIS**: Revista do Curso de Direito da FEAD. Jan./Dez. 2010, nº 6.

realidade.¹¹⁸

Para Zaffaroni, a função do Direito penal sempre será conter o poder de punir do Estado, que é um fato político exercido por agência próprias do sistema punitivo, em especial as polícias.¹¹⁹ Quer dizer, transformar o Estado de Polícia em um Estado Democrático, de modo que se imponha limites à arbitrariedade estatal, ou melhor, à violência institucionalizada.

¹¹⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 248.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo**. Entrevista concedida a Marina Ito. Rio de Janeiro: Consultor Jurídico (Conjur), 2009. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino?imprimir=1>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

3 TEORIA DO BEM JURÍDICO E A SELEÇÃO DOS TIPOS PENAIS INCRIMINADORES

Diante de todo o exposto, adotando-se como referencial a teoria de Roxin, resta certo que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais à paz social. Buscando orientação na teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, por outro lado, o conceito de bem jurídico será indispensável para que se efetive o princípio da lesividade¹²⁰, tendo em vista que para ser uma conduta típica, deve haver ofensa concreta ao bem jurídico penal. Este autor não entende que a proteção ao bem jurídico seja uma função do ordenamento penal, mas a lesão a este seria sem dúvidas condição à tipicidade da conduta.¹²¹

De uma forma ou de outra, conclui-se que o bem jurídico é necessário para legitimar uma incriminação de uma conduta, independentemente de qual, dentre os dois referidos autores, se adote como referencial. Neste sentido, é preciso entender o conceito de bem jurídico penal e o que o diferencia dos demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento brasileiro.

Para tanto, importante compreender a evolução histórica que contribuiu à construção do instituto. De logo, é possível adiantar que o bem jurídico penal é o instrumento mais efetivo à limitação do poder punitivo estatal, pois delimita o âmbito de atuação penal. Assim, o bem jurídico penal serve, nas palavras de Yuri Coelho, como “verdadeiro instrumento garantidor da liberdade e de um direito penal democrático”.¹²²

3.1 HISTÓRICO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

O movimento iluminista é o grande marco inicial no que se refere às teorias em relação ao bem jurídico penal. Superado o absolutismo, o movimento iluminista tinha

¹²⁰ “El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el *principio de lesividade*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 486.).

¹²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 15.

¹²² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 15.

por desafio a busca por novos fundamentos ao Direito Penal, os quais lhes atribuíssem legitimidade para impor penas. Justificações de cunho religioso e de defesa do monarca, que se confundiam, já não eram palatáveis, surge a necessidade de um novo conceito material do delito.¹²³ O pensamento jurídico penal, à época, encontra sua filosofia na garantia de bens jurídicos individuais, o delito seria uma violação a direito subjetivo (seja da pessoa ou do Estado).¹²⁴

Feuerbach fora o responsável por desenvolver a teoria dos direitos subjetivos, tendo por base a ideia de contrato social. A intervenção estatal penal estaria condicionada à conduta que lesionasse direitos subjetivos dos cidadãos da sociedade burguesa ou da própria comunidade.¹²⁵ Possibilita-se, inclusive, a rejeição de criminalização de condutas meramente imorais, ou crimes que tenham por fundamento a inobservância de uma conduta religiosa caso não representasse lesão a estes direitos subjetivos.¹²⁶ Para o autor, este direito deveria estar previamente definido pela legislação, e pela sua violação atribuir-se-ia uma pena.¹²⁷

Birnbaum, autor do período da Escola Histórica do Direito, estabelece que o delito não teria por núcleo a lesão a direitos, seria, em verdade, um ataque a bem jurídico, ou melhor, a um objeto real (material) que pertence a um indivíduo.¹²⁸ Entende que o conteúdo de bem jurídico está para além do direito, é encontrado dentro do contexto social. Destarte, o legislador não poderia alterá-los, modificá-los ou estabelecê-los, mas somente reconhecê-los e para efetivar o registro na norma, o que traduz nitidamente as influências jusnaturalistas às quais se submeteu.¹²⁹ Por este motivo, é considerado o pai da concepção de bem jurídico, muito embora nunca tenha feito uso desta expressão, tratando-o através de descrições que o pudessem

¹²³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 31.

¹²⁴ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de informação legislativa**. Jan./Mar. 2013, ano 50, nº 197, p. 67. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acessado em 10 mai. 2015.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. O conceito material de bem jurídico penal. **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD**. Jan./Dez. 2010, nº6. Disponível em <<http://revista.fead.br/index.php/dir/article/view/277/215>>. Acesso em: 09 mai. 2015.

¹²⁷ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **A adoção da teoria do bem-jurídico penal no Projeto de Código Penal. Âmbito Jurídico**: Rio Grande, jan. 2013, XVI, n. 108. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12652&revista_caderno=3>. Acesso em: 06 maio 2015.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39 e 40.

identificar.¹³⁰

O positivismo, todavia, finda a busca de legitimidade da norma em fonte externa ao Direito, propondo uma abordagem exegeta e avaliativa do ordenamento jurídico. Destarte, Karl Binding propõe um conceito que reúne a concepção formal e material de delito, de modo que resta evidente o vazio de seu sentido material, uma vez que o autor defende que o bem jurídico penalmente tutelado seria definido pela própria norma. O legislador ganha ampla liberdade para determinar o que seria bem jurídico, de modo a atender da melhor forma suas pretensões.¹³¹ Falta, a princípio, limitação ao poder estatal quando se trata de processo de criminalização neste positivismo normativista. Contraditório, no entanto, quando defende deve-se identificar condições fáticas necessárias para um convívio social sadio para defini-los, estabelecendo, ainda que timidamente, um limite à atividade legislativa.¹³²

Franz Von Liszt vem a propor uma concepção positiva-sociológica de bem jurídico penal, que seria todo interesse protegido pelo ordenamento, mas não eleito pela vontade do legislador, pois é preexistente à atuação do Legislativo.¹³³ O bem jurídico, assim, não é criado pela lei, é por ela encontrado. Nota-se uma reintrodução de sua concepção material no âmbito normativo.¹³⁴ A finalidade do Direito é a proteção de interesses humanos, dado que o bem jurídico não pertence ao ordenamento, pelo contrário, é de titularidade do indivíduo. O Direito não tem a capacidade de criar interesses, estes decorrem do mundo fático e cabe ao sistema jurídico protegê-los.¹³⁵

O neokantismo nasce das críticas ao positivismo, em especial à teoria de Von Listz,

¹³⁰ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de informação legislativa**. Ano 50, nº 197, jan./mar. 2013, p. 67. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 mai. 2015.

¹³¹ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **A adoção da teoria do bem-jurídico penal no Projeto de Código Penal**. Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, jan. 2013, XVI, n. 108. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12652&revista_caderno=3>. Acesso em 6 maio 2015.

¹³² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 43.

¹³³ *Ibidem*, p. 49.

¹³⁴ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **A adoção da teoria do bem-jurídico penal no Projeto de Código Penal**. Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, jan. 2013, XVI, n. 108. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12652&revista_caderno=3>. Acesso em 6 maio 2015.

¹³⁵ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de informação legislativa**. Jan./Mar. 2013, ano 50, nº 197, p. 67. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 mai. 2015.

e faz uso de método teleológico para definição do bem jurídico. “Esta corrente compreende o bem jurídico como um valor abstrato e direcionado à busca da *ratio essendi* da norma penal”.¹³⁶ Para o neokantismo, o bem jurídico é entendido como razão da norma, um valor ético-social, abstrato, que deve ser penalmente tutelado.¹³⁷ Assim, seria um instrumento à interpretação das normas penais, um apanhado de valores que direcionada o pensamento jurídico na captura dos fins das disposições penais. Uma compreensão, portanto, que afasta o conceito da realidade fática, bem como dos valores vigentes sobre os quais poderia se fundar, partindo de uma construção do universo jurídico, isto é, conceitos normativos voltados para a hermenêutica normativa, ausente de próprio conteúdo.¹³⁸

Assim, no início do século XX, as orientações espiritualistas orientadas pela filosofia axiológicas neokantianas impõem uma noção de bem jurídico como mera lesão a uma norma, uma violação ao dever, não compondo a essência do conceito de crime. Aqui se insere não só a teoria finalista de Welzel, que relativizou o bem jurídico penal, entendendo que a proteção a dado bem é o caminho para a guarida ético-social; como também o funcionalismo sistêmico de Jakobs, que, como já visto, determina que o Direito Penal não tem por objeto de tutela bens jurídicos, e sim a norma.¹³⁹

Somente após a Segunda Grande Guerra se tem uma revalorização de determinados conceitos, em especial o de bem jurídico. Isto, porque, esta concepção passa a ser instrumento de delimitação do poder de intervenção estatal.¹⁴⁰

O conceito de bem jurídico só fora realmente reintroduzido no ordenamento com o advento das teorias constitucionais e as teorias sociológicas, a partir da década de 1970. As teorias sociológicas não delimitaram muito bem o conceito, mas

¹³⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 55 e 56.

¹³⁷ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./Mar. 2013, ano 50, nº 197, p. 68. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 mai. 2015.

¹³⁸ COELHO, Yuri Carneiro. *Op. Cit.*, 2003, p. 56 e 57.

¹³⁹ ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, 2009, n. 25, p. 308 e 309.

¹⁴⁰ SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./Mar. 2013, ano 50, nº 197, p. 68. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 mai. 2015.

contribuíram demasiadamente para o estudo.¹⁴¹ Aqui pode-se destacar Mir Puig, que entende os bens jurídicos como requisitos necessários ao satisfatório funcionamento dos sistemas sociais, bem como à potencialização da participação dos sujeitos em processos interativos.

Dentre as teorias sociológicas, pode-se destacar a teoria funcionalista sistêmica de Günther Jakobs. Genericamente, podem ser classificadas em “teoria social” e “teoria do conflito”. Aquela funda-se em um sistema social, descrevendo-o como um arranjo que agrega funções necessárias à auto-sobrevivência. Eventualmente, caso um sujeito comporte-se de modo a causar algum dano social, provocar-se-á uma disfunção neste sistema, o que deverá sofrer correção e reorientação tendo em vista sua funcionalidade sistêmica.¹⁴²

Torna-se evidente que não se tem o ser humano como centro das atenções do sistema penal, dando-se ênfase ao sistema ao regulamentar condutas disfuncionais. O delito é visto como uma mera disfuncionalidade, sendo competência do legislador, por meio de opções políticas, determinar o que é socialmente danoso, não há mecanismos que efetivamente possam limitar a atividade do Estado na criminalização de condutas. O conceito de danosidade social, no entanto, não tem conteúdo material que atribua sentido à criminalização de determinadas condutas. Diante de tal fragilidade, a definição de bem jurídico deveria determinar o objeto de proteção da norma, sendo, entretanto, função do legislador eleger tais bens, transformando-se o direito positivo principal instrumento de eleição dos objetos que deverão ser submetidos à tutela penal.¹⁴³

A “teoria do conflito”, por sua vez, se insurgiu contra os contornos funcionalistas e analisa os conflitos sociais como fundamentos de uma sociedade de classes, as quais são estruturadas tendo por base um modelo socioeconômico. Os interesses de cada grupo são capazes de determinar comportamentos que poderiam ser considerados delitivos, isto é, a política criminal é realizada pelo grupo dominante. Ao contrário da teoria social, o bem jurídico não tem sua importância considerada por todo o corpo social, mas apenas por alguma das classes que o compõe. Não há, mais uma vez, limite à atuação legislativa, podendo-se criminalizar qualquer tipo de

¹⁴¹ ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, 2009, n. 25, p. 309.

¹⁴² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65 e 66.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 65.

conduta. Em verdade, o Direito Penal seria utilizado como instrumento de dominação, de modo a criminalizar e punir condutas praticadas pela classe dominada.¹⁴⁴

Em que pese haja o mérito de identificar que Direito Penal funcionaria como um sistema fundamental à manutenção dessas estruturas socioeconômicas, o domínio fundado na política, peca ao não perceber que o Estado pode propor mecanismos que tornem possíveis a limitação da atividade criminalizante. O problema é que não há limitação aqui ao poder punitivo do Estado, “sendo relegado o bem jurídico meramente a um papel de sistematização dos tipos penais”.¹⁴⁵

Enfim, diversas são as modernas concepções sociológicas acerca do tema, mas poucas conseguiram trazer um conceito material ao certo. É por este motivo que a maior parte da doutrina atual busca na Norma Fundamental a adequada noção do bem jurídico, de forma que este venha a limitar o jus puniendi estatal. Aqui surgem as teorias constitucionais, que concordam que esta delimitação de bem jurídico deve buscar entendê-lo como constitucional.¹⁴⁶

As teorias constitucionalistas surgem com o intuito de determinar critérios mais seguros à conceituação de bens jurídicos penalmente relevantes, devendo estes traduzirem os valores eleitos pela Constituição como fundamentais, sendo a política criminal a orientação ao regramento. Essas teorias podem ser divididas entre teorias constitucionais de caráter geral e teorias de fundamento constitucional estrito.

As primeiras primam pela Constituição como um referencial à criminalização de certas condutas, o legislador deverá tipificar condutas sem deixar de ter em vista o respeito aos princípios que se postam como diretriz ao sistema penal brasileiro. As de fundamento constitucional restrito limitam ainda mais a atividade legislativa, de modo a determinar que o só poderão ser criminalizadas condutas que exponham a perigo ou lesionem bens com suporte valorativo constitucional, essenciais à pacífica convivência social.¹⁴⁷

As teorias constitucionais têm sido cada vez mais abraçadas pela doutrina nacional e estrangeira, de modo que a maioria entende que se deve aplicar princípios

¹⁴⁴ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 71 a 74.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 74 e 75.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, 2009, n. 25, p. 310.

¹⁴⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Op. Cit.*, 2003, p. 77 e 78.

constitucionais na delimitação da concepção de bem jurídico e atuação do Direito Penal, tais como lesividade, necessidade e subsidiariedade. Inclusive, alguns dos autores funcionalistas se renderam a esta compreensão, a exemplo de Roxin, expoente da teoria constitucional de caráter geral.¹⁴⁸ No entanto, ainda percebe-se na conjectura jurídica mundial que muitos países não se adaptaram a este novo paradigma à intervenção penal. Ainda existem condutas criminalizadas em face de uma função simbólica, promovendo claramente uma inflação penal.¹⁴⁹

Conforme visto, a tutela do bem jurídico como precípua finalidade do Direito Penal, ao longo do século XX, é colocada em segundo plano ou simplesmente abandonada, em especial com o positivismo legalista, que reduzia o Direito ao seu produto normativo. Com a evolução da teoria do delito, da antijuridicidade formal, pela qual o delito é tão somente o descumprimento de um dever, chega-se à conclusão que, mais que isso, o delito precisa pressupor a antijuridicidade material (ou antijuridicidade teleológica). Traduzindo em miúdos, o injusto penal tem como centro nuclear a ofensa concreta a um bem jurídico penal.¹⁵⁰

3.2 CONCEITOS DE BEM JURÍDICO PENAL

Atualmente, a maioria dos autores concordam que seja o principal dever do Direito Penal a proteção de bens jurídicos. Necessário é elucidar o conceito de bem jurídico. Bem, lato senso, é tudo aquilo que se possa definir como, necessário, útil, valioso, digno; isto é, qualquer coisa real ou ideal dotada de algum “valor”.¹⁵¹

Welzel definiu bem jurídico como todo bem vital ou individual que passa a ser juridicamente protegido em razão de seu significado social, podendo se apresentar das mais diferentes formas (relação jurídica, situação real, ligação vital, etc.). Portanto, é qualquer situação social sobre a qual o Direito deseje lançar especial

¹⁴⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 77 e 78.

¹⁴⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, Mai./Ago. 2009, nº1, p. 21 e 22. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/integra.pdf>. Acesso em 09 mai. 2015.

¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 14 e 15.

¹⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13 a 15.

proteção contra lesões ou sua eminência.¹⁵²

Amelung define “ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social”. Já para Jakobs, o conteúdo deposita-se na vigência da norma enquanto propósito de tutela penal. Mir Puig segue a ideia de danosidade social, entendendo o bem jurídico dentro de uma composição social de interação, a qual se vincula ao Estado Democrático de Direito, devendo o Direito Penal proteger este sistema como uma forma de garantia ao indivíduo. Importante “é a dimensão social do bem jurídico – necessidade social/possibilidade de participação no sistema social. No entanto, (...) não considera o aspecto funcional em si, desconectado dos objetos concretos próprios do conceito de bem jurídico.” O sentido de funcionalidade parte da análise de que determinados objetos merecem proteção como bens jurídicos.¹⁵³

A dificuldade de um conceito político-criminal de bem jurídico é onde buscar o embasamento para tal definição. Talvez a alternativa mais segura é buscar na Constituição esta referência. Tratando-se da realidade brasileira, se tem uma certa dificuldade em se resguardar tão somente nesta premissa, tendo em vista que a Carta Magna é prolixa, traz diversas previsões, algumas inclusive esdrúxulas, consideradas por alguns desnecessárias, como a previsão de que o Colégio Pedro II é de competência da administração federal. Este “problema de demarcação” pode ser solucionado quando se considera mister a relevância fundamental do bem a ser penalmente protegido. Parece um parâmetro vago, mas pragmaticamente muito útil.¹⁵⁴

Ao tratar de teoria do bem jurídico penal, filiamo-nos ao posicionamento de Claus Roxin, que leciona a Constituição como referência no processo de criminalização, cedendo ao legislador ampla margem de discricionariedade para exercer sua função normativa, limitado, porém, pelas diretrizes constitucionais.¹⁵⁵ Conceitua bens jurídicos como elementos imperiosos à livre convivência e à paz social assegurado o

¹⁵² WELZEL, Hans apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

¹⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40 e 41.

¹⁵⁴ GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Jul./dez. 2007, Ano 2, nº 3, p. 254.

¹⁵⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 78 e 79.

exercício de todos os direitos garantidos pela Constituição Federal.¹⁵⁶

Hans Joachim Rudolphi, que segue linha similar à de Roxin, compreende que os valores fundamentais devem ser fundados na Constituição, vinculando-se obrigatoriamente o legislador à proteção de bens jurídicos precedentes ao ordenamento penal, sendo o conteúdo definido de acordo com tais valores. Assim, é concebido o bem jurídico como um precioso elemento de função social, vital à subsistência do corpo social e que se assenta primordialmente na norma constitucional.¹⁵⁷

Para Francisco Toledo, bem jurídico penal é qualquer valor ético-social selecionado pelo Direito com a finalidade de garantir a paz social, de modo a colocar sob sua guarita com a finalidade de que não venham a ser expostos a lesões ou risco de ataques. Deve-se enfatizar que nem todo bem é bem jurídico, e, mais ainda, nem todo bem jurídico se submete à proteção penal.¹⁵⁸

Cezar Roberto Bittencourt filia-se ao pensamento constitucionalista de bem jurídico penal. Defende que a “exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade”. Quer dizer, exprime, definitivamente, que o bem jurídico tutelado penalmente é “fruto do consenso democrático de um Estado de Direito”. Deve servir, assim, como princípio hermenêutico do Direito Penal e, por consequência, referência para estruturação do delito.¹⁵⁹

Zaffaroni, por sua vez, define bem jurídico penal como relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto que se submete à proteção estatal, sobre a qual o Estado revela seu interesse ao tipificar penalmente condutas que o afetem. Sim, o bem jurídico para o autor é o direito que se tem de dispor de certas coisas, conceito que deve ser limitado pela lesividade, nunca devendo corresponder a tutela pura e simples da moral. Ocorre que o Direito Penal, ao buscar facilitar a liberdade através da garantia externa da disponibilidade de determinados entes, possibilita o exercício

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 18, nº 82, jan./fev. 2012, p. 38.

¹⁵⁷ RUDOLPHI, Hans Joachim *apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

¹⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 46.

da moral, mas, também por isto, é permitida a atuação imoral. A tutela da disponibilidade é a garantia de condições externas de liberdade, de “forma que todos os bens jurídicos podem ser reduzidos à liberdade”.¹⁶⁰ Nas palavras do autor:

A função da segurança jurídica não pode ser entendida, portanto, em um sentido distinto que a garantia da co-existência. Esta função se cumpre na medida em que se garante a cada qual a disponibilidade – o uso - do que for necessário à sua realização. Estas relações de disponibilidades, quer dizer, estas possibilidades de uso de bens, são os bens jurídicos. O direito penal tutela bens jurídicos, participando, assim, da natureza e função do Direito como todo. Trata-se de prevenir das condutas que os afetam, porque os considera necessário para existência, e com isso deseja assegurar a co-existência. Em síntese: “segurança jurídica” é segurança de co-existência. *(tradução livre)*¹⁶¹

Yuri Carneiro aponta que existem dificuldades em definir um conceito de bem jurídico penal, mas enuncia que é valor a ser protegido pelo Direito Penal, desde que tenha substrato constitucional, aportado na realidade social, servindo de elemento material para estruturação da previsão do delito. Deve ter a habilidade hermenêutica de aludir o princípio da liberdade, sem esquivar-se da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor essencial para a pacífica convivência social.¹⁶²

Percebe-se que é amplamente difundido pela doutrina o conceito de bem jurídico como entes ou valores que permitam convivência pacífica e garantia de livre interação aos indivíduos que compõem a sociedade, entretanto, é elementar discutir como serão selecionados esses valores, como é diagnosticada a sua indispensabilidade a este fim, o que será tratado a seguir.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. I, p. 323, 399 a 401.

¹⁶¹ La función de seguridad jurídica no puede entenderse, pues, en un sentido distinto que en el de aseguramiento de la co-existencia. Esta función se cumple en la medida en que se garantiza a cada quien la disponibilidad -el uso- de lo que fuere necesario para su realización. Estas relaciones de disponibilidad, es decir, estas posibilidades de usar entes, son los bienes jurídicos. El derecho penal tutela bienes jurídicos, participando con ello de la general naturaleza y función del derecho. Trata de prevenir para ello las conductas que los afectan, porque los considera necesarios para la existencia, y con ello aspira a asegurar la co-existencia. En síntesis: "seguridad jurídica" es seguridad de co-existencia. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 486.)

¹⁶² COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 130.

3.3 BENS JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS: SOBRE A SELEÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL

O injusto penal será sempre uma conduta antijurídica, tendo em vista que não atende aos preceitos impostos pelo ordenamento jurídico, mas não se deve isolar esta interpretação ao sentido formal, como ocorre no finalismo de Welzel, deve-se sobrepôr o sentido material do delito. Deve-se ter em mente que a norma sempre deve ser interpretada como diretriz primordial de uma valoração, tendo por base o conceito de bem jurídico. Quer-se dizer que o injusto penal não é a pura violação da norma, mas uma conduta materialmente lesiva a dado bem jurídico penal.¹⁶³

Se a previsão legislativa que criminaliza a conduta é um aspecto formal necessário para este processo de incriminação, não se pode ignorar que a proteção lançada pelo Direito Penal exige a configuração de aspectos materiais.¹⁶⁴ Roxin busca tratar a tipicidade não só em seu aspecto formal, ultrapassando os limites do finalismo, mas traz a necessidade da tipicidade material à caracterização do ilícito. Zaffaroni vai além, o delito é composto pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante, a qual, por sua vez, deve traduzir a tipicidade material (real lesividade a dado bem jurídico) e a antinormatividade (conduta que transgride não só o tipo penal, mas o ordenamento jurídico como um todo).

Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, alguns limites devem ser impostos ao poder punitivo estatal, dentre eles, pode-se destacar, em especial, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. O mesmo pode ser traduzido pela exigência que se faz ao Direito Penal em castigar tão somente as perniciosas condutas dirigidas a bem jurídico. Conclui-se que esta seria uma manifestação de um planejamento da política criminal, que deverá ser dirigida de forma a valer-se do Direito Penal quando estritamente necessário. Pode-se reputar a intervenção penal

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal:** normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 24 e 25.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 244.

como necessária somente quando indispensável à proteção de bens jurídicos.¹⁶⁵

O legislador constituinte brasileiro elegeu o legislador ordinário como competente a incriminar determinadas condutas, expressão do princípio da reserva legal (legalidade), premissa sobre a qual não se pode recair a suposição de que não há restrições a este poder de legislar. Os parâmetros na seleção dos bens jurídicos penais devem ser objetivos, estes são os mais relevantes para a sociedade. A Constituição Federal de 1988 impõe diversos valores, de forma explícita e implícita, que devem ser observados no exercício da incriminação. Quando não observado, sem dúvidas há configuração do abuso do exercício deste poder.¹⁶⁶

No intuito de determinar o que pode ser considerado de fato delito, é preciso interpretar quais os valores tutelados pelo Direito Penal, cabendo selecionar os bens jurídicos mais importantes merecedores de tal tratamento. Esta opção deve ser orientada pelos princípios penais fundados em uma base constitucionalmente sólida. Será o legislador o agente capaz de selecionar as condutas delitivas que merecem a atuação do Direito Penal através de critérios políticos, competência que deverá limitar-se por tais princípios.¹⁶⁷ Daí a necessidade de tratar daqueles que se demonstram os mais decisivos no exercício desta tarefa.

A exclusiva proteção a bens jurídicos é princípio que visa a abalizar a forma de aplicação que deve ser respeitada ao Direito Penal, de modo a não se ocupar da tutela de ética, moral, costumes, ideologias, religião, valores culturais (como a própria norma penal em si, como propôs Jakobs). Deve ser destinado tão somente à tutela de bens jurídicos.¹⁶⁸ Este princípio, conjuntamente a outros análogos, deverá

¹⁶⁵ Entre los límites que hoy suelen imponerse al *ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario. Pero ¿cuándo ha de reputarse necesaria la intervención del Derecho penal? Aquí aparece el concepto de bien jurídico: el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. (PUIG, Santiago Mir. **Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites al *Ius Puniendi***. In *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela), pp. 205 y ss. Disponível em < <https://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/bien-juridico-y-bien-juridico-penal-como-limites-al-ius-puniendi-s-mir-puig/>>. Acesso em: 09 mai. 2015.)

¹⁶⁶ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 241.

¹⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 47.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e

orientar o sistema penal, de modo a consagrar a excepcionalidade de sua aplicação. O princípio constitucional penal da intervenção mínima do Estado decreta que o Direito Penal é o ramo jurídico capaz de tutelar o bem jurídico fundamental em última ratio. Quer dizer, a atuação penal deve concretizar-se tão somente quando estritamente necessária à proteção de bens jurídicos primordiais ao convívio pacífico em sociedade, desde que outras formas menos onerosas não sejam suficientes para impedir a lesão. Isto porque o Direito Penal é o modo mais gravoso de intervenção no âmbito de liberdade de uma pessoa, de modo que deve ser invocado apenas em situações em que ele, e apenas ele, possa evitar os ataques aos bens juridicamente tutelados, sob pena de torná-lo um instrumento puramente figurativo.¹⁶⁹ Interpela-se a *ultima ratio* do trato do crime de bigamia ou se o Direito das Famílias poderia promover esta tutela. Parece esta segunda opção a mais certa.

O princípio da intervenção mínima visa a limitar o poder punitivo penal do Estado, que deve invocá-lo quando for necessário e único meio capaz de tutelar determinado bem jurídico. A pena é a forma mais radical que se permite legalmente interferir na liberdade de um sujeito. O ataque ao bem jurídico tutelado deve ser de forma tão grave que outros ramos do Direito se configurem insuficientes para protegê-lo.¹⁷⁰

Não é um princípio expresso na Constituição Federal de 1988, muito menos no Código Penal de 1940, mas que pode ser interpretada pela “sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de Direito democrático”.¹⁷¹ Neste sentido, nas palavras de Igor Pereira:

O direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Em regra, as suas sanções são extremamente invasivas para o desenvolvimento do ser humano. Daí a necessidade de que ele tenha um papel **subsidiário** em relações aos outros ramos do direito.¹⁷²

O princípio da lesividade ou da ofensividade determina que apenas podem ser punidas aquelas condutas que lesionem direitos de outrem, uma lesão que justifique a intervenção penal, não se pode tratar penalmente de comportamentos meramente imorais ou pecaminosos. Tal princípio tem diversos desdobramentos, entre eles,

dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42 e 43.

¹⁶⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 113.

¹⁷⁰ NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11 ed., 2007, p. 85.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 85.

¹⁷² SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 194.

define que não se tolera incriminação de condutas fortemente censuradas pela sociedade, pois existe o direito à diferença, inaceitável proibir práticas e hábitos de grupos minoritários, pois são condutas passíveis apenas de juízo moral.¹⁷³

É instrumento para concepção do delito, de modo que o injusto penal somente poderá ser entendido como conduta que lese materialmente um bem jurídico penalmente tutelado, afirmativa da qual se pode deduzir que não é possível admitir outras formas de delito (a mera desobediência, por exemplo). Distingue-se do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, tendo em vista que aquele dirige-se à limitação do conceito de injusto penal, enquanto este último determina o campo de atuação penal. Por outro lado, não se pode negar a intersecção que há entre ambos. O Direito Penal é indispensável à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, não obstante, o ponto de partida para sua aplicação pressupõe que o objeto de tutela é suscetível de ofensa, caso contrário, não se consubstanciaria o princípio da lesividade.¹⁷⁴

Hans Wezel concebeu a teoria da adequação social, princípio segundo o qual o Direito Penal só pode se ocupar em tipificar aquelas condutas que tenham alguma relevância social, do contrário, não podem ser delitos. É um princípio geral de interpretação que serve como um “primeiro filtro de restrição dos riscos juridicamente relevantes”, sendo, inicialmente, dirigido ao legislador penal.¹⁷⁵

Dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, pode-se extrair o princípio da fragmentariedade, o qual pressupõe que é consequência de encarar o Direito Penal como uma solução excepcional, não seria legítimo invocá-lo quando outros procedimentos jurídicos menos lesivos fossem suficientes a manter ou restaurar a ordem jurídica, a desnecessidade da intervenção contraria o objeto do Direito Penal.¹⁷⁶

O princípio da fragmentariedade determina que deve o Direito Penal tutelar apenas os valores mais importantes à existência da sociedade, os mais essenciais, de modo

¹⁷³ NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11 ed., 2007, p. 91-94.

¹⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 55 a 58.

¹⁷⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 59 e 60.

que o caráter fragmentário relaciona-se com esta ideia proteger a fração de valores, reservando apenas uma parcela dos bens a serem tutelados considerada essencial à humanidade.¹⁷⁷

Neste sentido, Nilo Batista traz a opinião de Muñoz Conde, defensor da ideia de “que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito’”.¹⁷⁸

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “somente o ataque intolerável (segundo o princípio da fragmentariedade) é que pode ser penalmente castigado”, ou seja, recorre-se à atuação penal desde que não haja outros ramos jurídicos suficientemente capazes de promover uma solução razoável à situação juridicamente posta, expressão do princípio da subsidiariedade.¹⁷⁹

Reinhart Maurach defende que a necessidade lógica da norma fundamenta-se no fato de que é insuficiente a lesão a um bem por si só justificar a imposição da pena, pois esta perspectiva permitiria punir toda e qualquer lesão a bem jurídico. Em verdade, deve-se penalizar tão somente as lesões mais graves dirigidas a estes objetos de tutela, máxima que se pode deduzir do princípio da fragmentariedade.¹⁸⁰

A lesividade para política criminal é exigida antes mesmo de pretender a análise do princípio da fragmentariedade e subsidiariedade, pois primeiro volta-se à constatação da materialidade, posteriormente verifica-se a concretização da intervenção mínima penal, que é dirigida à avaliação do caráter intolerável da

¹⁷⁷ SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: JusPodivm, 202, p. 195.

¹⁷⁸ CONDE, Muñoz *apud* NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11 ed., 2007, p. 87.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

¹⁸⁰ Por una parte, afirma la *necesidad lógico-jurídica* de normas previas a la ley penal. Por otra parte, las considera imprescindibles desde la perspectiva de la *dogmática jurtdico-penal*. La necesidad *lógica* de las normas nace, para MAURACH, de la insuficiencia de la *sofa* idea de la lesión de bien jurídico para fundamentar la pena, insuficiencia que se deduciría de que la ley no castiga *todos* los ataques concebibles contra los bienes jurídicos, sino, a menudo, sólo ciertas *modalidades* de ataque - las más graves- de esos bienes. Así sucede en los delitos contra la propiedad, la cual no se protege penalmente de toda forma de lesión, sino sólo de agresiones especialmente peligrosas. Con ello se refiere MAURACH a lo que se conoce con el nombre de *carácter fragmentario* del derecho penal. La consecuencia de la mencionada insuficiencia de la lesión de bien jurídico para acotar el campo de lo punible sería que para la punición de una lesión de bien jurídico es precisa, *lógicamente*, la existencia previa de una *norma* que prohíba dicha lesión. (MAURACH, R. *apud* PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003, p. 24.).

conduta lesiva, bem como a existência de outros instrumentos jurídicos mais adequados à proteção do bem jurídico. Segundo leciona Luiz Flavio Gomes¹⁸¹:

A lógica que os dois aspectos da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade) comporta, por conseguinte, é esta: não há crime sem conduta, não há conduta penalmente relevante sem ofensa a um bem jurídico; não há ofensa penalmente punível senão quando for intolerável; porém, em razão da intervenção mínima do Direito Penal, nem toda a ofensa intolerável deve constituir delito, porque pode haver outros meios mais idôneos para a sua proteção.

“As más leis são a pior espécie de tirania”, disse Edmund Burke¹⁸². Em nosso atual estado na evolução civilizatória, o Direito Penal ainda se faz necessário, no entanto, se faz preciso exclusivamente para evitar perigos de lesões ou efetivamente lesões aos bens jurídicos penalmente tutelados, devendo ser a intervenção a menos danosa possível. Nem todo bem jurídico pode converter-se automaticamente em penal, muito menos todo e qualquer tipo de ataque será repreendido penalmente e, esta seleção, será orientada pelo princípio da necessidade.¹⁸³

A necessidade é faceta da proporcionalidade, um princípio que se vincula à ideia de limitação do poder de intervenção do Estado, buscando tutelar os interesses individuais. Defende Fábio Roque que deve o Estado agir de maneira proporcional, “proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”. Quando se aplica este preceito no Direito Penal, há de ser analisada a pertinência de tolher a liberdade do sujeito (com aplicação da pena privativa de liberdade, principal sanção do sistema punitivo), ponderando-se com a tutela de outros direitos, não devendo prevalecer esta privação quando a lesão tem menos relevância.¹⁸⁴

São intrínsecas ao juízo de proporcionalidade noções como moderação, equidade, proibição do excesso, prudência, entre outros, as quais possuem certo grau de

¹⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

¹⁸² BURKE, Edmund *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Hipertrofia Legislativa**: 3,7 milhões de normas em 20 anos. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77028,31047-Hipertrofia+Legislativa+37+milhoes+de+normas+em+20+anos>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹⁸³ *Idem*. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

subjetividade. É por este motivo que o princípio se desdobra em três subprincípios, quais sejam o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para um meio ser compreendido como adequado, deve ser apto a produzir o resultado almejado, ou, quando não alcançá-lo, pelo menos o fomente.¹⁸⁵ A necessidade é o juízo que deve ser feito em relação ao à gravidade do meio utilizado, que deve ser o menos gravoso dentre todos os disponíveis capazes de promover o fim pretendido, sem perder de vista também que deve ser a medida capaz de tolher em menor grau o direito fundamental discutido, impondo limites à atuação estatal. Enfim, a proporcionalidade em sentido estrito é o juízo feito diante das medidas postas, qual, comparativamente, seria capaz de promover a finalidade pretendida da forma menos danosa possível.¹⁸⁶

“A liberdade do cidadão depende principalmente de que as leis criminais sejam boas”, palavras de Montesquieu. A pena só deve ser aplicada quando necessária, não se justifica sua imposição quando o bem a ser tutelado penalmente tem valor menor que àquele a ser privado pela sanção.¹⁸⁷ Não se pode fazer uso do termo “bem jurídico penal” para legitimar abusos, de modo a promover a expansão do punitivismo. No entanto, é neste sentido que o discurso vem cada vez mais sendo utilizado.¹⁸⁸

Ferrajoli traz entre seus dez axiomas o princípio da necessidade ou economia do Direito Penal (*Nulla lex (poenalis) sine necessitate* / Nula lei (penal) sem necessidade). O preceito deixa claro que modelo garantista do Direito Penal não

¹⁸⁵ Há quem entenda que esta definição é insuficiente pelo seu grau de generalidade. Assim, Humberto Ávila propõe que dentro da adequação, algumas questões inerentes sejam avaliadas. Em primeiro lugar, para o meio ser adequado ao seu fim, deve promover ou fomentar o resultado mais que qualquer outro meio possível (critério quantitativo), e de melhor forma (critério qualitativo), devendo haver a maior probabilidade ou certeza de que fim almejado será produzido (critério probabilístico) pelo meio escolhido e não por outro. Em segunda análise, deve-se observar se de fato há a possibilidade de alcançar aquele determinado fim abstratamente ou concretamente (dimensão da abstração/concretude), bem como se o resultado será alcançado na generalidade dos casos ou em determinados casos particulares (dimensão da generalidade/particularidade), sem deixar de avaliar se a medida será adequada no momento da aplicação ou a posteriori (dimensão da antecedência e posteridade). Por fim, pressupõe-se uma divisão do controle público entre forte e fraco, e, neste diapasão, o uso do controle mais forte deve se dar de modo a demonstrar que sua realização é capaz de promover o fim desejado, caso contrário, já se torna evidente a invalidade da atuação administrativa. (ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239 e 240).

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 237 a 241.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3 ed. revista, 2010, p. 38.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Op. cit.*, 2009, p. 248.

permite que a esfera jurídica penal interfira nas relações sem que haja necessidade, não se pode utilizar de um sistema subsidiário e altamente lesivo para atender a meros caprichos da minoria legislativa.¹⁸⁹ Todos estes preceitos demonstram que é questionável tomar o Direito Penal como a esfera jurídica mais adequada para tutelar a organização da família, em especial a monogâmica, criminalizando a bigamia.

Alguns autores discutem o problema do portador do bem jurídico, pois quando se fale em bem, tem-se por lógica que este beneficia um sujeito. Assim, questiona-se se todos os bens jurídicos fundamentais, coletivos e individuais, são passíveis da tutela penal. Os defensores da teoria monista-pessoal entendem que todos os bens servem ao indivíduo, seja diretamente (individuais), seja indiretamente quando coletivos. Deste modo, apenas os bens jurídicos individuais seriam passíveis de tutela. Por outro lado, autores da teoria dualista do bem jurídico defendem que os individuais e coletivos são entidades autônomas, não havendo uma necessária referência entre eles. Neste sentido, os adeptos da corrente funcionalista teleológica entendem que o mais adequado é a adoção da teoria dualista do bem jurídico.¹⁹⁰

Luis Greco ainda aponta como um problema a questão da essência do bem jurídico, o que a princípio pode parecer uma discussão meramente terminológica. A relevância pragmática deste debate reside em compreender o bem jurídico como entidade ideal ou entidade real. Considerá-lo ideal, como um valor, facilita a livre presunção de bens jurídicos com o intuito de validar, legitimar qualquer norma apetecível, abrindo espaço para a confusão entre reais e pseudos-bens jurídicos. É neste sentido que se deve entender que a opção do legislador deve recair preferencialmente sobre a primeira opção, um conceito realista, sem ignorar que isto não significa que a norma será composta apenas por dados empíricos, deve ser compreendida toda uma dimensão de signos sociais.¹⁹¹

Isto posto, é possível concluir que por bem jurídico pode-se compreender todos “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. Este

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4 ed. revista, 2014, p. 38.

¹⁹⁰ GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Jul./dez. 2007, Ano 2, nº 3, p. 255.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 256.

elemento seria indispensável para a legitimidade da norma. Na verdade, se discute a possibilidade de normas penais legítimas que não protejam bens jurídicos, em especial quando se confronta a teoria do bem jurídico com os crimes ambientais. Negar que há lesão nestes casos seria ignorar um problema real que precisa da atuação coercitiva estatal; modificar o conceito de bem jurídico seria minimamente perigoso, tendo em vista a ocorrência de uma dilação na definição que poderia provocar os problemas da falta de delimitação; menos insatisfatório realmente é considerar que toda regra tem exceção.¹⁹²

Quer-se dizer que se mantém a vantagem de ter delimitado o que é bem jurídico, ao mesmo tempo que se tem bem demarcado as situações em que não se valer deste conceito será possível. Diz Luís Greco: ¹⁹³

O bem jurídico seria, portanto, quase sempre condição necessária para legitimar uma proibição, salvo face a poucas exceções, como a proteção de animais, da flora e (talvez) dos interesses de gerações futuras. Fica, é claro, a tarefa de delimitar os critérios exatos com base nos quais é possível legitimar proibições sem bem jurídico.

Esta aceção permite que limites sejam impostos à estruturação do delito. Porventura, o precípua resultado do princípio da proteção de bens jurídicos, tendo em vista a política criminal e a defesa pelo caráter subsidiário da tutela penal, se traduz não só na defesa dos já mencionados direitos e igualdade de tratamento, como também rechaça uma política criminal que venha a garantir preceitos puramente morais ou patriarcalistas, já que por si só não são condutas que firmam bens jurídicos alheios.¹⁹⁴

Este é um resultado do renascimento cultural de um sistema penal liberal e democrático, datado do período após Segunda Guerra, quando o caráter garantista de bem jurídico penal é novamente retomado.¹⁹⁵

A moralidade é mero bem jurídico aparente, porque não implica no desvalor de um resultado, mas apenas uma reprovabilidade social da ação por um juízo moral. Ainda se mantém no Código Penal Brasileiro proibições que violam este princípio, como a

¹⁹² GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Jul./dez. 2007, Ano 2, nº 3, p. 257 a 259.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 259.

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p. 5.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Comer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3 ed. revista, 2010, p. 38.

vedação a casa de prostituição (art. 229).¹⁹⁶ As condutas sexuais, por exemplo, praticadas por maiores capazes, em que haja consentimento de todos os participantes, não devem ser punidas, pois a paz social, o convívio social não é prejudicado, não havendo bem jurídico lesionado.¹⁹⁷ Aqui se discute a proibição ao comportamento homossexual em alguns países¹⁹⁸ e, em especial, a vedação à bigamia no Brasil, objeto deste trabalho.

A intervenção penal só deve se concretizar, contudo, quando insuficientes as demais medidas conter de debelar ou conter a conduta desviada, ofensivas a bem jurídico penal tutelável e quando proporcional a adoção deste mecanismo. As ações meramente morais não podem ser objeto de incriminação, mas o que se presencia na realidade são discursos manipuladores que visam conferir legitimidade a todo e qualquer bem eleito como penal sem a fundamentação constitucional.¹⁹⁹ Por esta razão, Zaffaroni resiste a entender que seja função do Direito Penal a tutela de bens jurídicos, embora estes sejam objeto de proteção e sua lesividade ou ameaça de dano indispensável à configuração do delito.

¹⁹⁶ GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Jul./dez. 2007, Ano 2, nº 3, p. 260.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015, p. 5.

¹⁹⁸ O homossexualismo é punido em pelo menos 12 países da África. 40% dos países que compõem a ONU, até 2014, correspondiam a países que criminalizavam o homossexualismo. Em alguns destes países a conduta de praticar sexo com outrem do mesmo sexo é considerado ato ilegal, permitindo como pena desde a prisão até a morte. CAPUCHO, Joana. Homossexualidade é crime em 40% dos países da ONU. **DN Portugal**. 02 mar. 2014. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=3715377>. Acesso em: 10 jun. 2015.

¹⁹⁹ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237 a 248.

4. O CRIME DE BIGAMIA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Não desejarás a mulher do próximo. Eis um dos mandamentos de Deus de acordo com os dogmas da Igreja Católica.

A contar da era de Moisés, ou melhor, desde que o mundo é mundo, reprime-se apenas o que é alvo de cobiça. As proibições, segundo Freud²⁰⁰, são limitações ao prazer, impedem que os nossos desejos se realizem. Não há de se coibir aquilo que não é de anseio. No entanto, há uma necessidade de restringir o atrevimento humano em invadir a esfera de direitos do próximo. Eis o Direito.

Ao mesmo passo que a família se transformou, o Direito, na batida de atingir todos os fenômenos modernos, afincou escoltá-la. Contudo, a dinâmica social é fugaz. As relações pessoais e em comum transmutam-se a todo instante, na busca de atingirem uma conformação, neste movimento já não são as mesmas.

A família à época do Rei Salomão era poligâmica, este mantinha matrimônio com 700 mulheres e 300 relações concubinárias²⁰¹. Do patriarcalismo, fundado no poder de *pater familias* em que o varão tinha poderes sobre a vida e a morte de esposa e filhos, além da gestão patrimonial; às famílias sob a égide do casamento, influenciadas pelo Direito Canônico, mas passando também por uma configuração de arranjos negociais de modo a celebrar alianças de interesses. Apenas no século XIX, o Estado afasta-se das influências da Igreja. As relações familiares passam a se fundamentar no afeto, conectam-se por amor.²⁰² Ao mesmo passo, a figura da mulher ganha cada vez mais independência, o que transformou ainda mais a família.

4.1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988 e consagração do princípio da pluralidade de famílias, o conceito de família hoje perpassa por um

²⁰⁰ Totem e Tabu. In: **Obras psicológicas completas**. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII, p. 91.

²⁰¹ A BÍBLIA Sagrada: versão digital. **(1Rs 11.3) I Reis, capítulo 11, versículo 3**. Blasterbit Software, Julho/2006.

²⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 174-176.

caráter eudemonista e sociafetivo²⁰³, as pessoas se relacionam, se unem em decorrência de um afeto recíproco com o intuito de concretizar o projeto de felicidade pessoal de cada partícipe.²⁰⁴ A família é instrumento de promoção da dignidade de seus integrantes, os sujeitos devem valer-se da família para desenvolver a sua personalidade e perseguir sua perfeita realização.²⁰⁵

Os novos tempos almejam uma sociedade que aceite e conviva com as diferenças, o ser humano muda a forma de se relacionar constantemente, o que deve ser respeitado e protegido pelo Direito, desde que não configure atentados aos valores traçados pela Constituição. Clama-se por uma sociedade que creia no amor, apta a reconhecer transformações. Não se trata de aceitar tudo aquilo que transgrida todos os seus princípios pessoais, mas sim de respeitar a diferença, as convicções e modo de vida do outro.

A organização social se estrutura em torno do agrupamento familiar, não por acaso que sua estruturação é suficiente à mudança no decorrer da história da humanidade, sendo alterada em função de transformações sociais.²⁰⁶ Leciona Cristiano Chaves²⁰⁷:

“Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora.”

A monogamia formalmente tratada dentro da estrutura familiar fora mantida como um padrão moral a ser seguido, no entanto, a monogamia exógena sempre fora violada de um modo machista. Difere monogamia endógena, ou seja, a relação

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, revista, atualizada e ampliada, 2011, p.54 cvgdd-55.

²⁰⁴ Famílias são uniões homoafetivas (união entre pessoas do mesmo sexo), anaparentais (formadas por pessoas que não são parentes), monoparentais (formada entre um dos genitores e seus descendentes), matrimoniais (famílias que tenham por base o casamento monogâmico), mosaicas (famílias reconstituídas, várias peças de famílias originalmente distintas são unidas. Por exemplo, um viúvo que tem dois filhos e se casa com uma divorciada, que tem mais dois filhos de um primeiro casamento, e juntos têm mais um filho), entre tantas outras relações que decorram do mútuo afeto. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, revista, atualizada e ampliada, 2011, p. 47 *passim*.)

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 175.

²⁰⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

conjugal única dentro de uma mesma estrutura familiar, da monogamia exógena, qual seja a proibição de relacionamentos extraconjugais.²⁰⁸ Juridicamente, a obrigação de fidelidade conjugal é recíproca, não havendo distinção de deveres ou direitos de acordo com o gênero. No entanto, o impulso à infidelidade chega a ser algo natural para alguns.²⁰⁹

Os casamentos, em terras norte americanas no período pré-histórico, por exemplo, inicialmente se davam entre grupos, isto é, grupos de mulheres casavam-se com grupos de homens, conjuntura que permitia aos filhos tão somente identificar sua mãe biológica. Mais tarde, a sociedade chega ao estágio da poligamia, seja como *poliginia* ou *poliandria*²¹⁰. A fase seguinte fora intitulada por Engels como “pré-monogâmica”, formam-se casais, homens e mulheres unem-se por tempo indeterminado. Em Esparta predominava este modelo, por exemplo, por volta do ano 650 antes de Cristo, o rei Anaxândrides arranhou uma segunda esposa sem separar-se da primeira (que era estéril), mantendo ambas famílias. Por fim, na Antiguidade, determina-se que cada homem deve se casar com uma única mulher.²¹¹⁻²¹²

As famílias americanas eram, a princípio, matriarcalistas, a figura da mãe mostrava-se mais importante e imponente, a descendência era identificada apontando como referência a linha materna. Os homens eram responsáveis por trabalhar e alimentar a família, mas eram pelas mães que se multiplicavam as famílias, necessário para aumentar a força de trabalho daquele núcleo e, conseqüentemente, o “patrimônio”. A família pré-monogâmica fora o marco da junção entre pai autêntico e mãe autêntica, a figura materna passa a ser responsável pelo cuidado com utensílios domésticos, enquanto ao pai competia obter alimentos, bem como os instrumentos de trabalho para tanto (conseqüentemente, adquiriam a propriedade destes).²¹³

No Velho Mundo, “a domesticação de animais e a criação de gado haviam

²⁰⁸ LUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98.

²⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.136.

²¹⁰ Poliginia traduz quando um homem convive com uma pluralidade de mulheres e a poliandria, por sua vez, a mulher convive com vários homens. Na poligamia, o núcleo familiar é o mesmo, enquanto as famílias simultâneas são núcleos distintos. Ambas não são aceitas hoje pelo ordenamento pátrio. Isto porque a bigamia é criminalizada e a monogamia considerada por muitos um princípio. (*Ibidem*, p.129).

²¹¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 1891, p. 39 a 94.

²¹² *Ibidem*, 1891, p. 72 e 73.

²¹³ *Ibidem*, p. 63 a 66.

desenvolvido uma fonte de riqueza até então desconhecida, criando relações sociais totalmente novas”. Na medida em que o homem começa a criar cavalos, bois, carneiros, porcos, e, ao mesmo tempo, ganha cada vez mais terreno. Tais riquezas adquiridas precisariam tão só de vigilância cuidados (primitivos) que facilitasse a probabilidade e qualidade de reprodução. As riquezas foram aumentando, o homem seguiu conquistando posição cada vez mais importante diante daquela estrutura familiar, deixando a figura materna em segundo plano. Assim, a ordem tradicional de herança aos poucos fora se modificando, passando a vigorar o direito paterno. Nesta sequência, o direito hereditário materno e a descendência do membro feminino foram abolidos, prevalecendo o patriarcalismo.²¹⁴

“A derrocada do direito materno foi a derrota do sexo feminino na história universal”.²¹⁵ O homem posicionou-se como o comandante da casa, cabia a este dirigi-la, enquanto a mulher subvertida à servidão, degrada, transformada em mera escrava do prazer e mera máquina de reprodução. Aqui marca-se a transição à família monogâmica, com o puro intuito de assegurar a fidelidade da fêmea, submetida incondicionalmente ao poder de seu marido. O homem possuía até mesmo o direito de matá-la.²¹⁶

A monogamia não fora uma conquista do amor sexual individual, pelo contrário, os casamentos na Antiguidade eram por mera conveniência. E nesta condição permaneceu por muito tempo. O matrimônio corresponde ao primeiro modelo de família constituída com base não em condições naturais, mas sim econômicas. Sem dúvidas marcava-se o triunfo da propriedade privada sobre a comum privativa. Para os gregos eram convictos de que eram objetivos do casamento somente o domínio do homem em seu ceio familiar, bem como procriar filhos com a certeza de que fossem seus, destinado a herdar as riquezas deixadas pela autoridade patriarcal.²¹⁷

Historicamente, a monogamia para a mulher se mostrou na modalidade exógena e endógena diante de uma sociedade patriarcalmente machista. Já para o homem, de um modo geral, fora aceita, muitas vezes como prova de sua virilidade, a poligamia

²¹⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 1891, p. 64 a 67.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 67.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 67 e 68.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

exógena.²¹⁸ Deste modo, percebe-se que em nossa sociedade hipocritamente é possível o convívio da monogamia endógena com a poligamia exógena.

A monogamia surge como triunfo definitivo da nova civilização, baseada no domínio masculino com o mero objetivo de procriar. A paternidade deveria ser indiscutível, garantida pela fidelidade conjugal e submissão feminina, tendo em vista que esses filhos tomariam posse dos bens deixados por seus pais, herdeiros de direito. Os laços conjugais tornam-se sólidos, não podem ser rompidos por ato volitivo das partes. Ou melhor, não poderia ser rompido pela mulher, visto que, em regra, o homem poderia repudiá-la, bem como possuía o direito à infidelidade em algumas sociedades por costume, em outras como direito expresso em legislação.²¹⁹

Neste sentido, a família era um instituto pertencente ao Estado, não às pessoas ou sociedade, sua criação, manutenção ou extinção não poderia ser autorizada pela simples vontade daqueles que a compunham, mas sob a chancela estatal, enrijecida sob a égide do matrimônio, por considerar essa a forma mais estável de agregação.²²⁰

O casamento é uma estrutura que se fundamenta na religião. Uma configuração de pai, mãe e filhos, no qual o pai é aquele que exerce principal papel dentro do lar. A mulher é colocada em uma posição menor, nunca poderia ser chefe da casa, este poder era exercido pelo pai. Em uma primeira fase, nas cidades antigas gregas e romanas, cada família cultuava seu Deus, o qual era identificado na figura de antepassados. Quando uma filha se casava havia uma ruptura não só em razão da troca de lar, mas também religiosa, pois deixava de celebrar os deuses do pai para curvar-se aos deuses do marido. Ter uma filha mulher não era o objetivo, o casamento só teria conquistado o real sucesso com o nascimento do varão, pois este sim daria prosseguimento às tradições religiosas da família, bem como a

²¹⁸ LUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98-100.

²¹⁹ O Código Napoleônico, por exemplo, outorgava expressamente o direito à infidelidade ao homem, desde que este não trouxesse a concubina ao seu lar matrimonial, direito que fora cada vez mais exercido ao longo do desenvolvimento social, ao mesmo passo que a mulher era punida de forma cada vez mais severa ao imprimir o mesmo comportamento. ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 1891, p. 72.

²²⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

continuidade ao patrimônio.²²¹

Ao quebrar com a ideia de família tradicional, principalmente condicionada à ideia de casamento, os tempos modernos, diante de tantos avanços tecnológicos e culturais, permitem compreender a família como uma organização subjetiva, bem como fundamental, para edificar a convicção individual de felicidade. Diante disto, a sociedade brasileira fora forçada a reconhecer que, além da tradicional família matrimonializada, outros arranjos atendem à função que se impõe a este tipo de agrupamento, qual seja de entendê-la como “entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna”.²²²

Isto posto, reconhecida a família como uma relação baseada no afeto e solidariedade entre os seus, de forma a perseguir seu ideal de felicidade, fundando esta busca na ideia de dignidade da pessoa humana, percebe-se os novos formatos familiares que são desenhados cotidianamente. Chama atenção uma feição, que embora antiga, tem gerado questionamentos cada vez mais frequentes na Justiça Brasileira. Trata-se da família que funda-se no poliamorismo, base da poligamia.

Sabe-se que a sociedade tem entendido amores paralelos como imorais, no entanto, ignorando a proeminente caráter moral, é inevitável concordar que a infidelidade sempre existiu, amores paralelos são peças constantes na história da humanidade, faz parte da crônica do casamento.²²³

Estes modelos passaram por transformações, acreditando na possibilidade de novas e plurais formas de amar, de devotar-se a um corpo familiar configurado por um relacionamento endógeno plúrimo. O que parece ser estranho é que estas relações são fatos sociais postos em nosso presente que não são reconhecidos pelo Direito, que se omite em permitir e regular este tipo de relação. As famílias endogenamente poligâmicas desejam que efeitos que são produzidos às famílias monogâmicas sejam a elas estendidas, sem precisar burlar o ordenamento. O ordenamento, no entanto, não só proíbe esta prática através do Direito Civil, como tenta impor um

²²¹ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006. E-book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 08 fev. 2015, p. 36 a 41, 73 a 77.

²²² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

²²³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante** - na teoria e na prática (dos Tribunais). Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Publicado em 15 de julho de 2008. Acessado em 09 de setembro de 2014.

padrão de conduta utilizando o Direito Penal como instrumento. Surge a questão da legitimidade da intervenção penal para incriminar a poligamia através do tipo bigamia atualmente.

4.2A CRIMINALIZAÇÃO DA BIGAMIA

A bigamia sempre foi comportamento reprovado pelo ordenamento jurídico brasileiro, proibição que se pautava nos aspectos sócias pátrios. O Código Penal de 1940 fora promulgado em uma época na qual o Brasil ainda não conhecia uma democracia pautada na igualdade entre cidadãos, pelo contrário, vivia a ditadura do Estado Novo da Era Vargas. A proclamação da República não havia ocorrido há muito tempo (1889), em 1932 Vargas chegava ao poder mediante um golpe.

Antes da fase republicana, o país havia ostentado status de colônia portuguesa até 1824, quando conquistada, ou melhor, comprada a independência do país, e o período imperialista, que durou até as inovações da República Velha. Deste modo, a sociedade pautada em um exacerbado patrimonialismo patricarlista justificava a criminalização da bigamia, tendo em vista a proteção do matrimônio monogâmico, forma legítima de se constituir família. A dúvida é se ainda resta respaldo o tratamento penal destas questões na sociedade brasileira atual, principalmente quando se recorre à Constituição Democrática e Social que hoje nos rege.

4.2.1 Análise histórica da proibição da conduta

No Brasil, pode-se dizer que a primeira legislação vigente e uniforme que tratasse de Direito Penal fora o Código Filipino. Isto porque as Ordenações Afonsinas não tiveram aplicabilidade em terra brasileira, enquanto que da vigência das Ordenações Manuelinas e, depois, das compilações de Duarte Nunes de Leão, no período das capitanias hereditárias e dos governos gerais, vigoravam determinações régias, em

consonância com as Cartas de Doação. A verdade é na época das capitanias hereditárias, o Direito válido era a arbitrariedade dos donatários.²²⁴

O Código das Ordenações Filipinas, que vigeram por mais de dois séculos no que diz respeito ao tratamento jurídico-criminal, já vedava a bigamia em seu título XIX “Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dous maridos”. Aqui a peculiaridade é que a pena para o crime era a morte, mas havia uma pequena diferenciação no tratamento entre homens e mulheres: o homem bígamo precisava confessar para ser condenado, caso não confessasse, seria deportado para África por no mínimo quatro anos a depender de sua malícia, engano e dano causado, enquanto a morte seria o destino da esposa bígama em qualquer hipótese.²²⁵

Mais tarde, após a independência do Brasil em 1823, fora promulgada a Constituição de 1824, única enquanto se delongou o período Imperial. Contraditoriamente, ao mesmo passo que efetivava o poder do Imperador, buscava elucidar as influências iluministas, estabelecendo regras e princípios para reafirmar seu posicionamento liberal. O Código Penal de 1830 trouxe inúmeras inovações que se perpetuaram com o passar do tempo, como o esboço de individualização da pena, a fórmula da cumplicidade e a adoção de dia-multa. O art. 249 era o responsável por tratar da bigamia como fato típico, prevendo crime como a contração de um segundo ou mais matrimônios sem o primeiro dissolvido, sendo comida uma pena de prisão com trabalho por um período de seis anos, mais multa correspondente à metade do tempo.²²⁶⁻²²⁷

Até então, não havia crime tipificado para o novo cônjuge do bígamo que tinha consciência sobre as circunstâncias polígamas da relação. Esta responsabilidade só vem a ser elucidada no art. 283, no Título IX Dos Crimes contra a Segurança do Estado Civil do Código Penal de 1890, quando em seu parágrafo único determina que “se a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem

²²⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2 ed., 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

²²⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2 ed., 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 55, 110 e 111.

²²⁶ Polygamia - Art. 249. Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro. Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente à metade do tempo. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 jan. 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015).

²²⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2004, p. 65 *passim*.

contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade”, artigo que fora reproduzido mais tarde na Consolidação das Leis Penais de 1932. O Código de 1890 fora o primeiro do período republicano, mas, devida à pressa em sua elaboração, possuía muitos equívocos, motivo pelo qual fora sendo corrigido com a promulgação de leis extravagantes diversas. Alvo de muitas críticas, considerado por muitos autores inferior ao anterior, que se mostrava mais claro.²²⁸

No início do século XX, a família brasileira apresentava o varão como baluarte, o marido protegia e comandava os seus. A mulher administrava a casa e a educação dos filhos, enquanto cabia ao homem trabalhar, ação que representava a “dignidade masculina”. A esposa incumbida de zelar pela honra familiar, esculpidora do caráter e guardiã dos “bons costumes”.²²⁹

O matrimônio no Brasil fora pautado no cristianismo, a Igreja Católica “usufruiu, por aproximadamente quatro séculos, da primazia sobre o casamento, rechaçando a ideia de que pudesse existir casamento civil que não estivesse sobre o controle da religião. Não de qualquer religião, mas da religião católica.” Até 1863, só era possível o casamento entre os católicos, aqueles que não pertenciam à religião não poderiam contrair núpcias.²³⁰

A primeira alusão à família matrimonial por uma Norma Fundamental brasileira fora feita pela primeira Constituição republicana (1891), o que não passou de uma simples referência, sem oferecer nenhum tipo de tutela jurídica apropriada. Ainda assim, a importância deste registro legislativo demonstra-se na eminente metamorfose: laicização do casamento, ou seja, a desvinculação entre a figura da Igreja e do Estado.²³¹ Dizia o art. 72, §4º, responsável pelo tratamento jurídico do tema: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.²³²

A família reflete os valores de certo contexto histórico, o que pode ser observado no

²²⁸ *Ibidem*, p.305.

²²⁹ FACHIN, Rosana Amara Girar. **Em busca da família do Novo Milênio: uma reflexão sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51-57.

²³⁰ LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania sexual e laicidade: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

²³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2012, p.191.

²³² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Rio de Janeiro, RJ, 24 fev.1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 16 nov. 2014.

Código Civil de 1916, diploma que fora usado como instrumento legislativo capaz de consagrar os típicos valores burgueses do século XIX, disciplinando-a de maneira excessivamente hierarquizada e, claro, patrimonializada. Por esta razão, era tratada no Código como um agrupamento competente na produção de riqueza, perpetuada entre as gerações seguintes.²³³

O Código Civil de 1916 regravava apenas a família sob a égide do matrimônio, impedindo a sua dissolução, marginalizando as relações não casamentárias e depreciando os filhos havidos fora do casamento, em uma fracassada tentativa de preservar o matrimônio.²³⁴ O tratamento penal da bigamia fora apenas mais um desses artifícios.

O Código Civil de 1916 determinava que a mulher casada deveria ser considerada relativamente incapaz enquanto subsistisse a sociedade conjugal.²³⁵ A mulher deveria, assim como o restante da família, se identificar pelo nome ou apelido do marido. O casamento era indissolúvel, sendo que o desquite (não quites) rompia a sociedade conjugal, sem dissolver o matrimônio. Os vínculos extramatrimoniais deveriam ser punidos. A mulher era a grande prejudicada.²³⁶

A independência feminina foi sendo conquistada aos poucos, em 1932 a mulher adquiriu o direito ao voto. A grande conquista, marco da luta contra hegemonia masculina, fora o Estatuto da Mulher Casada de 1962, que devolvia a capacidade à mulher, passando esta a ocupar a posição de “colaboradora na administração da sociedade conjugal”.²³⁷

Buscando uma análise da Constituição de 1934, é possível perceber que finalmente a Norma Fundamental ganha um capítulo voltado tão somente à tutela da família. Claramente, no entanto, poder-se-ia afirmar que a tutela era ao casamento, todas as disposições levavam a acreditar, como de fato era, que a família matrimonial seria a única espécie legítima e digna de proteção do Estado. Dizia o art. 144 que “a família,

²³³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

²³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 30.

²³⁵ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 jan. 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015).

²³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁷ *Ibidem*.

constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.²³⁸

A Carta Magna de 1934, bem como o Código Civil de 1916, consagrou ideais burgueses remanescentes do século XIX, impondo uma estrutura fechada e autossuficiente, a qual tinha por pretensão de inculcar valores patrimoniais e individuais para que fossem perpetuados na sociedade brasileira. O Código de 1916 propunha uma família caracterizada por duas premissas: a família deve ser matrimonializada e deve-se primar pela indissolubidade do vínculo conjugal. Para o legislador da época, a forma mais adequada de constituir família seria através do casamento, ou melhor, a única forma de constituir uma família legítima e, conseqüentemente, o vínculo matrimonial não poderia jamais ser dissolvido.²³⁹

Claramente, havia ocorrido uma laicização do direito matrimonial, no entanto, mantinha-se uma conjuntura canônica na maioria dos institutos do Direito de Família, principalmente no que diz respeito à formatação do casamento.²⁴⁰ O art. 146 ainda do Diploma Constitucional de 1934 determinava que o casamento religioso produziria os mesmos efeitos do casamento civil, desde que o rito não viesse a contrariar a ordem pública e atendidos os requisitos²⁴¹. A Constituição de 1937 segue a mesma proposta de reconhecer como a legítima família aquela sob a égide do matrimônio.

Do mesmo modo, a Lei Maior de 1946, não trouxe alterações no tratamento, apenas retomou a determinação que havia sido suprimida pela Constituição anterior, qual seja a produção dos efeitos civis em casamento religioso, reaproximando Estado e

²³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

²³⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

²⁴⁰ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14.

²⁴¹ Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014).

Igreja.²⁴² Com as Normas Fundamentais que entraram em vigência durante o regime militar (a de 1967 e a de 1969) não se produziu alterações no tratamento da família (ou melhor, do casamento).²⁴³

Somente com a Constituição voltada para os direitos sociais de 1988 tem-se uma verdadeira ruptura com os parâmetros fundamentais até então produzidos para o Direito de Família. A família não é considerada tão somente aquela submetida ao casamento como sustentáculo, não seria mais o matrimônio o único instituto capaz de formar e legitimar a família. Rompe-se com o padrão desta “hierarquizada, patriarcal, impessoal e, necessariamente, heterossexual, em que os interesses individuais cediam espaço à manutenção do vínculo”.²⁴⁴

Isto posto, a sociedade conjugal passa a ter a necessidade de ser entendida como não só a decorrente do casamento, mas também aquela oriunda de união estável ou outras formas de união, mas para boa parte da doutrina, deve-se manter a clássica delimitação do objeto do Direito de Família, correspondente à família que, ainda que venha ser entendida no mais amplo sentido, tenha origem na sociedade conjugal, no parentesco ou na afinidade. Assim, nasceria a relação familiar do casamento, filiação ou adoção. Portanto, o referido objeto seriam as relações positivadas e as naturais, não expressamente arroladas, mas permitidas pela norma.²⁴⁵

O casamento seria uma “*comunhão de vidas, de afetos, através de uma plena integração fisiopsíquica*”²⁴⁶, cuja finalidade é fundar uma entidade familiar na forma da lei, formal e solene, como instrumento de promoção de uma vida em comum fundada na afetividade.²⁴⁷ Passa a obedecer um pluralismo em que não se deseja mais estigmatizar um modelo ideal, todo agrupamento eudemonista que vise a promoção da dignidade humana poderá ser considerado. Rompe-se definitivamente com a Igreja, o Estado é laico, o casamento tão somente religioso não produz os mesmos efeitos que produziria se civil fosse.

²⁴² CRUZ, Mônica da Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. **A (curiosa) transformação legislativa do Direito de Família brasileiro**. In: Revista dos Tribunais, jun. 2014, Ano 103, v. 944.

²⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2012, p.191-192.

²⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.191-192.

²⁴⁵ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38-39.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 180.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 182, *passim*.

A regência de uma nova Constituição Brasileira em 1988, quando o pluralismo familiar se consagra como um valor fundamental, traz o conceito de família ampliado, de modo a proteger sem distinção todos os seus integrantes, surgindo o dever de respeito à diversidade deste tipo de agrupamento. O Código Penal fora publicado em 1940, uma sociedade patriarcal, um pouco diferente da sociedade que presenciou o surgimento da Lei Maior atual. À época, a família só poderia ser considerada legítima quando casamentária, qualquer outro arranjo levaria a um julgamento social estigmatizado, rechaçando-se moralmente aquilo que fugia do padrão.

Com os novos valores inculcados pela Constituição, espera-se que as pessoas respeitem cada vez mais as diferenças, havendo um maior apelo pelo respeito à liberdade, inclusive a liberdade de constituir famílias da forma que seja mais conveniente aos envolvidos, respeitados os limites principiológicos, em especial a dignidade da pessoa humana. Konrad Hesse defende que a força normativa da Constituição não é em razão tão somente da adaptação à realidade, mas também deve se converter em força ativa, decorrente de sua natureza de Lei Maior. Deste modo, pode impor tarefas, logrará força ativa quando capaz de provocar comportamentos orientados pela ordem nela estabelecida. Essa força, então, é concretizada quando se fazem presentes na consciência coletiva suas orientações.²⁴⁸ A Constituição Brasileira assumiu a responsabilidade de provocar a consciência em relação ao respeito à liberdade, em especial, sobre o tema tratado, quando propôs o princípio da pluralidade da formação de famílias.

Hoje, 75 anos depois, a sociedade passou por diversas transformações, bem como as teorias sobre funções do Direito Penal, colocando a questão da criminalização da bigamia em cheque. Hoje no Senado Brasileiro é discutido o projeto de lei nº 236 de 2012, o qual, se aprovado, corresponderá ao novo Código Penal. Neste diploma que vem sendo elaborado, o título VII, que trata dos crimes contra a família, não seria mantido e a bigamia, enfim, descriminalizada, sem prejuízo da responsabilização civil, já que não deixaria de ser ilícito civil (restando mais uma vez comprovada a

²⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

tese de que existem ramo outro jurídico capaz de reger a questão).²⁴⁹

O projeto pretende adotar para o Direito Penal brasileiro a teoria dos bens jurídicos penais, que já vêm sendo trabalhados pelos tribunais pátrios, em especial quando se fala em princípio da insignificância²⁵⁰. No entanto, ainda não há uma plena aplicação da teoria pelo sistema penal do Brasil, restando tipos em desuso, como no caso do art. 235 (bigamia). Situações como estas, colocam a qualidade e efetividade do Código Penal em cheque. Exigir a adoção da teoria dos bens jurídicos penais à luz do princípio da lesividade, intervenção mínima, subsidiariedade, necessidade, entre outros, para que se tenha limites ao poder punitivo do Estado, além de reduzir a criminalização secundária marginalizante.

A Constituição de 88 consagrou os direitos fundamentais, os quais determinam as finalidades precípua do Estado. O Direito Penal, neste cenário, deve restringir-se a garantir que os serviços promovidos pela República Brasileira estejam voltados a tais direitos, de modo a promover a manutenção da própria estrutura democrática do país, afinal, esta é fundamento ético-político de promover tais garantias. É neste sentido que, consciente de que a liberdade é garantia fundamental, cerceá-la será legítimo e necessário se medidas alternativas não forem satisfatórias à proteção do bem jurídico violado. Por tais motivo, conforme exposto no capítulo anterior, “a pena deverá ser necessária, adequada, proporcional, e subsidiária”.²⁵¹

Pelas referenciadas premissas que a comissão responsável pela elaboração do Novo Código Penal no Senado Federal, entendendo a necessidade e adequação da adoção da teoria do bem jurídico-penal para o sistema penal brasileiro, redigiu o então art. 14 do projeto, que diz: “A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico”. A Comissão, neste ponto de maneira louvável, atentou-

²⁴⁹ BRASIL. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012 (projeto do novo Código Penal). Brasília: Senado, 27 set. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

²⁵⁰ Não cabe ao Direito Penal intervir quando seus valores tutelados não são verdadeiramente violados pela conduta do sujeito infrator. Havendo consciência de que o fato tem que ser materialmente típico para haver tipicidade, pois não é em toda lesão a todo bem jurídico que há interesse penal, o princípio da insignificância define que deve haver extensa lesão ao bem jurídico penal para que esta conduta venha a ser considerada típica. (SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Editora JuPodivm, 2012, 196 e 197).

²⁵¹ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **A adoção da teoria do bem-jurídico penal no Projeto de Código Penal**. Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, jan. 2013, XVI, n. 108. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12652&revista_caderno=3>. Acesso em: 6 maio 2015.

se à carência da exigência de lesividade no âmbito criminal, adotando a teoria do bem jurídico-penal, de forma a impor limites ao *jus puniendi*, restringindo a intervenção aos casos necessários, assumida somente quando proporcional, adequada e subsidiária.²⁵²

4.2.2 O tipo penal e bem jurídico tutelado

Inicialmente, é preciso saber o que é o crime de bigamia. Tipificado pelo art. 235 do Código Penal de 1940, localizado no título de delitos contra a família, é o primeiro dispositivo do capítulo de crimes contra o casamento²⁵³. Resta configurado quando pessoa já casada (crime próprio)²⁵⁴ contrai novas núpcias, sabendo que não existe a forma culposa, o elemento subjetivo do tipo será o dolo. O delito pressupõe a pré-existência de um casamento válido.²⁵⁵

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

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

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.²⁵⁶

O objeto material do crime seria o casamento, o interesse jurídico do Estado na

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Além da bigamia, o capítulo I do Título VII – Dos Crimes contra a Família é composto pela vedação ao induzimento ao erro essencial e ocultação ao impedimento (art. 236), bem como a proibição da conduta daquele que contrai casamento conhecendo impedimento que lhe cause nulidade (art. 237), também o crime de simulação de autoridade para celebração do casamento (art. 238), e simulação de casamento com o intuito de enganar outra pessoa (art. 239), cujo bem jurídico (de todos) é a “regular formação da família” casamentária. O Título VII ainda é constituído pelo Capítulo II – Dos Crimes Contra o Estado de Filiação, Capítulo III – Dos Crimes Contra a Assistência Familiar, e, finalmente, Capítulo IV – Dos Crimes Contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1074). Com o advento da Constituição de 1988, “a proteção à família, sob o prisma das relações de paternidade, maternidade e filiação, foi reforçada e ampliada”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 271.). Estes crimes não são objetos de discussão deste trabalho, em que pese parece a retirada de todo o Título VII do Código Penal de 1940 o mais adequado, tendo em vista princípios do Direito Penal, em especial o da subsidiariedade.

²⁵⁴ A figura delitiva exige qualidade específica do sujeito ativo, que, neste caso, é que seja casado. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1074).

²⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13 ed., 2013, p. 1034 e 1035.

²⁵⁶ Brasil. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014

vedação à bigamia como instrumento de manutenção do matrimônio, meio de tutelar a “organização jurídica” da família matrimonial em respeito ao princípio da monogamia, que teria sido adotado pelo sistema jurídico brasileiro.²⁵⁷

Verifica-se um paradigma ao se tratar de sujeito passivo, seria o Estado ou cônjuge do primeiro casamento? Souza Nucci, como muitos outros, entende que o sujeito passivo é primordialmente o Estado, tendo em vista que há um interesse maior na preservação da entidade nesta estruturação familiar por reputá-la a mais estável. O primeiro cônjuge é colocado em segundo plano, ainda que inocente e enganado.²⁵⁸

Doutrina mais moderna, a exemplo de Costa Júnior, defende que o “status do cônjuge inocente” é o objeto jurídico de tutela penal. Portanto, enquanto para parte da doutrina o bem jurídico é a estrutura familiar monogâmica, para outros é o estado de cônjuge inocente que merece a proteção penal.²⁵⁹

O sujeito ativo é necessariamente pessoa casada, sendo o crime plurissubjetivo, isto é, só pode ser praticado por mais de um agente. A pessoa já casada incorre em pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, enquanto que aquele que não é casado e contrai o casamento com pessoa casada consciente de todo o arranjo da situação será punido com pena de reclusão ou detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. Isto não significa dizer que ambos sempre serão punidos, na verdade, o nubente que não era previamente casado só responderá pelo crime quando de fato souber que a pessoa com a qual se casa já ostenta tal estado civil.²⁶⁰

Ressalta-se que o crime é instantâneo de efeitos permanentes, o resultado é produzido de imediato, “numa relação de proximidade entre ação e consequência”, porém, os efeitos se perfazem na prolação temporal independentemente de vontade do sujeito.²⁶¹ A ação penal é pública incondicionada, logo não depende de requerimento da vítima ou de seu representante legal, pressuposto o interesse

²⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 211.

²⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1034 e 1035.

²⁵⁹ BEM, Leandro Schmitt de. **Bigamia** – doutrina. Blog Direito Penal, 27 out. 2010. Disponível em: <<http://professordebem.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

²⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1035.

²⁶¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1074.

estatal na tutela da família sob a égide do casamento.²⁶²

A prescrição foge à regra geral, inicia a contagem não da data da consumação do delito, mas de quando o fato se torna conhecido, obedecendo regra do art. 111, IV do Código Penal²⁶³. Consuma-se quando a autoridade declara os nubentes casados após manifestação positiva de ambos nubentes. Logo, não basta a simples resposta, é preciso o ato formal e solene praticado pela autoridade pública competente. O casamento aperfeiçoa-se, segundo o ordenamento brasileiro, pelo simples “sim” ratificado pela declaração oficial, dispensando prova de conjunção carnal para configurá-lo. A tentativa é admitida, embora, conforme ressalva de Bitencourt, altamente controvertida.²⁶⁴

É elementar a existência de casamento anterior formal e vigente. Se o matrimônio for por algum motivo anulado, o anterior ou o posterior (desde que este último não pela bigamia), o crime será considerado inexistente. Para casar-se novamente é preciso que o vínculo matrimonial tenha sido dissolvido, o que só ocorre mediante divórcio ou morte de um dos cônjuges. Ressalva-se que ambos casamentos têm que ser civis, não configura o crime se o segundo for religioso, o concubinato não pode ser pressuposto ao enquadramento típico.²⁶⁵

O casamento pressupõe um processo solene em sua celebração iniciado pelo atendimento a requisitos em um processo de habilitação, desenvolvido na cerimônia de celebração e, por fim, registrado. Ressalta-se que no processo de habilitação, exigem-se informações sobre o estado civil dos nubentes, tendo em vista que não podem as pessoas já casadas contrair novo casamento. Percebe-se aqui que a bigamia não tem somente efeitos penais com a tipificação do delito, mas também civil, qual seja a nulidade do segundo casamento.²⁶⁶

O processo de habilitação do casamento não é fase de execução do crime, é mera fase de preparação. A bigamia pressupõe que, ao preparar-se ao segundo

²⁶² DELMANTO, Celso; *et al.* **Código Penal Comentado**. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 501.

²⁶³ Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1074.

²⁶⁵ DELMANTO, Celso; *et al.* **Código penal comentado**. 7ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 627.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 182, *passim*.

casamento, o indivíduo declare-se solteiro, divorciado ou viúvo, o que corresponderia à prática de outra figura delitiva, qual seja a falsidade ideológica²⁶⁷. Este é crime-meio e, segundo o princípio da consunção, é absorvido pelo crime fim-bigamia.²⁶⁸ Deste modo, não há concurso de crimes entre estas duas formas delitivas. Este entendimento já fora expresso pelo STJ ao julgar um Habeas Corpus com pedido liminar impetrado por em favor de um sujeito que fora denunciado pela prática das duas formas delitivas tipificadas nos arts. 235 e 299 do Código Penal, em concurso material.²⁶⁹

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul já havia trancado a ação penal instaurada no que se referia ao crime de bigamia, mas manteve a ação em face da falsidade ideológica. Deste modo, alegado que a ação penal seria carente de justa causa em razão do crime-meio absorvido pelo crime-fim bigamia, requerendo, assim, o arquivamento do inquérito policial do crime descrito pelo art. 299 do Código Penal, visto que o crime tipificado no art. 235 (pertencente ao mesmo diploma) já havia sido arquivado, restando a atipicidade dos fatos em face do princípio da consunção. Neste sentido, a ementa do julgado²⁷⁰:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE BIGAMIA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO DELITO DE BIGAMIA DETERMINADO PELO TRIBUNAL A QUO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE SEGUIMENTO DO PROCESSO-CRIME QUANTO À FIGURA DO CRIME DE FALSIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. 1. O delito de bigamia exige para se consumir a precedente falsidade, isto é: a declaração falsa, no processo preliminar de habilitação do segundo casamento, de que inexistente impedimento legal. 2. Constituindo-se a falsidade ideológica (crime-meio) etapa da realização da prática do crime de bigamia (crime-fim), não há concurso do crime entre estes delitos. 3. Assim, declarada anteriormente a atipicidade da conduta do crime de bigamia pela Corte de origem, não há como, na espécie, subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica, em razão do princípio da consunção. 4. Ordem concedida para determinar a

²⁶⁷ Art. 299, Código Penal - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1074.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 39583 - MS 2004/0161507-1. Impetrante: Carlos Alberto Gonçalves. Impetrado: Desembargador Presidente da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DJ 11 abr. 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=532193&tipo=0&nreg=200401615071&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050411&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 04 de jun. 2010.

²⁷⁰ *Ibidem*.

extensão dos efeitos quanto ao trancamento da ação penal do crime de bigamia, anteriormente deferido pelo Tribunal a quo, à figura delitiva precedente da falsidade ideológica. (STJ - HC: 39583 MS 2004/0161507-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/03/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.04.2005 p. 346)

A possibilidade de descriminalização da bigamia não descaracterizaria a consumação do crime de falsidade ideológica, no entanto, seria este o único crime a ser praticado com a falsa declaração do nubente sobre seu estado civil no processo de habilitação para o casamento, passando este a ser o crime fim. O objeto jurídico do crime seria tão somente a fé pública, portanto, não havendo de se falar em tutela penal do casamento, privilegiando o princípio da lesividade e *ultima ratio*, tendo em vista que o Direito de Família é suficientemente capaz de tratar de tais questões.

A criminalização da bigamia remonta uma sociedade patriarcalista, que desejava enrijecer a estrutura familiar casamentária. A ideia era promover um vínculo perpétuo e indissolúvel, garantindo a fidelidade conjugal da esposa, de modo que se pudesse haver a certeza da paternidade, haja vista que o patrimônio deveria permanecer na linhagem do pai, repassando aos seus herdeiros através de herança. Os contornos eram excessivamente patrimonialistas.

Entretanto, a sociedade submeteu-se a transformações diversas. A família sofreu diversas transformações, muitas delas bastante dramáticas relacionadas com os padrões públicos que ainda eram impostos, como os que governavam a conduta sexual, a procriação e as relações afetivas. As grandes mudanças no cenário internacional começam nas décadas de 1960 e 1970, quando ocorre a segunda grande onda feminista. Em verdade, esta foi uma época extraordinária para a luta pela liberalização dos homossexuais e dos heterossexuais, neste último caso em especial para as mulheres, que desfrutavam de muito menos liberdade que os homens.²⁷¹

As discussões alemãs à época eram dominadas pelos defensores da ideia de que ao Direito Penal é atribuída uma função moralizadora, justificando a “como uma exigência de retribuição”, pensamento que percebeu guarida, em especial, no Projeto Governamental de Código Penal Alemão de 1962. Jovens professores, dentre eles o destacável Claus Roxin, em reação ao desvirtuamento da função penal, elaboraram o hoje famoso Projeto Alternativo de Código Penal, de 1966, o

²⁷¹ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 316.

qual tem por lema a proteção subsidiária de bens jurídicos penais. Através deste, repugna-se o moralismo e a ideia de retribuição como finalidade do sistema. A pena é considerada instrumento de proteção aos bens jurídicos e forma de reintegração do condenado à sociedade do qual fora excluído pelo próprio mal da pena.²⁷²

Comportamentos meramente imorais, imoralidade ou reprovabilidade ética de um comportamento não são objetos de repreensão penal se não houver lesividade na conduta a direitos fundamentais ou se os pressupostos à convivência pacífica não sofrerem nenhum tipo de ameaça. A punibilidade do homossexualismo não tem fundamento, por ser no máximo uma ação meramente imoral (aos conservadores). Comportamentos que desenrolados tão só na esfera privada, onde há consentimento dos personagens envolvidos, não há quaisquer desdobramentos sociais passíveis de reprovabilidade penal, ilegítimas, portanto, as proibições.

As mutações sociais eram diversas, algumas progressistas, outras à contramão das novas tendências liberais. Na segunda metade dos anos 60, prática homossexuais foram discriminadas na Grã-Bretanha. Nos Estados Unidos, alguns estados já legalizavam a sodomia²⁷³. Na Itália, o país do Papa, tornou o divórcio legal em 1970, direito que veio a ser confirmado através de referendo em 1974.²⁷⁴

No Brasil, os anos 60 não foram tão gloriosos quanto as mudanças do resto do mundo. Em seus primeiros anos, o cenário musical revolucionava-se com grande efervescência diante da Bossa Nova. “Jânio Quadros, após uma vitória avassaladora, renunciava, Jango chegava ao poder, aceitando o parlamentarismo, a fim de evitar um golpe de Estado”. Em 1963 grandes radicalizações: a esquerda partidária, com estudantes e membros do próprio governo posicionavam-se de um lado, enquanto de outro ocupavam os militares. 1964 veio marcado pelo golpe militar, que se tornaria das mais rigorosas ditaduras militares já vistas, através do Ato Institucional n. 5 (AI-5), do mitológico ano de 1968, o qual transformava o Presidente da República Brasileira em verdadeiro ditador. Os movimentos feministas eram considerados moralmente perigosos, fortemente reprimidos.²⁷⁵

²⁷² Claus Roxin, 80 anos.

²⁷³ Contatos libidinosos entre homossexuais.

²⁷⁴ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 316.

²⁷⁵ PINTO, Céli Regina Jardim. Dossiê Teoria Política Feminista. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, jun. 2010, nº 36, v.18. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 jun. 2015.

A liberdade feminina ganha novos contornos quando lançada a pílula anticoncepcional, inicialmente nos Estados Unidos, e depois na Alemanha. A Itália surpreendia ainda mais com a permissão de informações de controle de natalidade em 1971, bem como a reforma 1975, que inaugurava praticamente um novo código das famílias, enterrando as disposições que haviam sobrevivido ao período fascista. O aborto passou a ser permitido no ano 1978, mais tarde confirmado pelo referendo 1981.²⁷⁶

A redemocratização brasileira da década de 1980, levou a luta por novos direitos e garantias, inclusive da mulher, a um nova fase, diversos grupos passaram a tratar amplamente de vários temas por inúmeras regiões do país, temas como “violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, opções sexuais”.²⁷⁷

O divórcio era cada vez mais comum naqueles países onde era autorizado, tornando o casamento uma estrutura não tão estável como antes era reputada. Claro que, inicialmente, na década de 1980, eram menos comuns em países católicos (não comunistas). Na América Latina, era relativamente raro quando comparado a outros países da Europa, o Brasil apresentava uma média de um divórcio a cada 33 casamentos, enquanto em Cuba a proporção era de um para 2,5.²⁷⁸

A indissolubilidade do casamento, no direito brasileiro, era deliberado pela Constituição de 1967. Por pressão social, a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, alterou a disposição que previa o casamento como indissolúvel.²⁷⁹ A matéria foi disciplinada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio). Até então, o casamento só poderia ser findo através do desquite, o qual não dissolvia o vínculo existente entre os cônjuges. Admitiu-se, enfim, apesar de maneira extremamente tímida, que o matrimônio poderia ser extinto quando não mais houvesse afeto, o brasileiro

²⁷⁶ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 316.

²⁷⁷ PINTO, Céli Regina Jardim. Dossiê Teoria Política Feminista. **Revista de Sociologia Política.** Curitiba, jun. 2010, nº 36, v. 18. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 jun. 2015.

²⁷⁸ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 317.

²⁷⁹ Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

~~§ 1º O casamento é indissolúvel.~~

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977)

finalmente havia atingido certa liberdade no destino das núpcias, tendo a opção de findá-las.²⁸⁰

Não obstante, não era fácil conseguir divorciar-se, o Estado queria, de algum modo, desestimular a dissolução do matrimônio. Era admitido um único divórcio por pessoa interessada e, ainda assim, só poderia ser concedido após cinco anos de separação judicial. Quer dizer, primeiro se requeria a separação e, passados cinco anos, retornava-se e elaborava o pedido de divórcio, o qual seria definitivo.²⁸¹ A ideia era que neste prazo o casal desistisse de pôr fim a união. No entanto, muitas vezes os desquitados separavam-se, mas não divorciavam-se, mantendo o vínculo do primeiro casamento e, por vezes, constituindo novas famílias “informais”.

Apenas com a Constituição de 1988 facilita-se a extinção do casamento. O lapso temporal entre separação e divórcio fora reduzido a um ano, havendo ainda uma nova figura: o divórcio direto, o qual poderia ser requerido após dois anos de separação de fato (mesmo que não houve prévia separação judicial). A Lei nº 7841/89 acompanha a flexibilização, acabando com a esdrúxula regra de ser concedido somente um divórcio por indivíduo.²⁸²

A *Lex Legum* de 88 também é responsável pela consagração da pluralidade familiar, deixando o casamento de ser a única forma legítima de constituí-la, a excessiva proteção ao matrimônio perde o sentido que antes tinha. Se o casamento era tido como a forma mais estável de constituição de família, base da sociedade, o divórcio deu liberdade suficiente aos indivíduos para quebrar esta máxima. Cada vez mais comum esta via de dissolução, o número de pais solteiros crescem, as famílias mosaicas comprovam esta realidade.

Outras formas de se relacionar são destacadas, como a união estável. O poliamorismo é cada vez mais discutido no mundo jurídico, tendo em vista que já é uma realidade fática não tão incomum no Brasil. As novas formas de relacionamento surpreendem diante de capacidade criativa e emocional. As pessoas passam a se relacionar por afeto, por mais que ainda restem amarras formais que tolham certas liberdades. A atenção constitucional a estes novos enlaces é destacada por Maria

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 378.

²⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 378.

²⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 378.

Berenice Dias²⁸³:

Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar.

Com certo atraso, a lei 11.106 de 2005 revogou o tipo penal do crime de adultério (art. 240, CP), que punia a infidelidade conjugal com pena de detenção de 15 dias a 6 meses. A fidelidade conjugal, pelo que parece, não constitui um bem de interesse público relevante a ponto de ser protegido pelo Direito Penal. Tanto homem, quanto a mulher poderiam configurar sujeito ativo da conduta, entretanto, é público e notório que a sociedade sempre fora mais condescendente com a traição quando praticada pelos homens.²⁸⁴

O Código Civil, em seu art. 1566²⁸⁵, define a fidelidade recíproca dos cônjuges como um dever decorrente do casamento, sendo seu descumprimento um ilícito civil. Além da punição no âmbito civil, era penalizada pelo Direito Penal, correspondendo a um claro desrespeito aos princípios penais da intervenção mínima, subsidiariedade e lesividade.

O crime constituía um tipo em desuso diante das dificuldades para a obtenção de provas e para a instauração da ação penal, que só poderia ser feita pelo cônjuge ofendido um mês após o conhecimento do fato. Para Bitencourt, a criminalização do adultério sobrevivia em nosso ordenamento como anomalia resistente ao tempo, sua utilidade era servir de exemplo aos alunos do curso de Direito de norma em desuso.²⁸⁶

A sociedade transmutada pelas novas conjecturas provocadas pelas interações sociais passou a clamar por um novo ordenamento jurídico. Foi neste compasso que a Carta Magna também passou a reconhecer uniões estáveis. Uma nova gama de

²⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_artigo&cod_artigo=108>. Acesso em: 02 jul. 2014.

²⁸⁴ BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de (Organizadores.). **Violência contra as mulheres** - Uma história contada em décadas de lutas. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fund., 2010, p. 86.

²⁸⁵ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca. BRASIL. **Lei 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²⁸⁶ OAB Conselho Federal. **Cezar Bitencourt elogia “descriminalização do adultério”**. Brasília, 18 set. 2004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/2781/cezar-bitencourt-elogia-descriminalizacao-do-adulterio>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

direitos e deveres foram impostas a esta estrutura. Ao invés da fidelidade como um dever, prevê-se a lealdade. “A lealdade e a própria estabilidade da relação mantida com o companheiro deixariam de existir na hipótese de existir hipótese da companheira não preservar a conduta monogâmica”.²⁸⁷

Ressalta-se que para o Direito Penal a união estável não se equipara ao casamento. Em verdade, quando ocorre situações de simultaneidade de famílias, a primeira relação poderá ser reconhecida como união estável, mas não a segunda, pois também impõe-se à união estável a estrutura monogâmica. Deste modo, não havendo reconhecimento da segunda união, não há como configurar o crime de bigamia (que também não seria aplicado ao caso, a princípio, por ser não ser legítima interpretações extensivas do tipo penal, aplicando-se a caso não previsto pela letra fria da norma).

Com a Carta Magna de 1988, é muito claro que a família, e não só a fundada no matrimônio, merece proteção estatal. Todavia, os bens jurídicos penais não podem ser de interesse exclusivo do particular, mas sim de toda uma coletividade, o delito deve ofender todo o corpo social.²⁸⁸

Aos poucos as transformações aconteceram, mudando por completo o cenário mundial, em especial o brasileiro. O tratamento penal da bigamia, que um dia já foi completamente justificável diante da configuração da sociedade burguesa e patriarcalista, hoje já não guarda plausível justificativa. Como já visto, há um projeto de novo Código Penal, o qual pretende extinguir o capítulo de crimes contra a família, privilegiando o princípio da lesividade e da subsidiariedade do Direito Penal. Parece a proposta mais adequada a vigorar.

4.3 SOBRE OS FUNDAMENTOS APLICÁVEIS AO NÃO TRATAMENTO PENAL DA BIGAMIA

Jakobs rejeita a teoria do bem jurídico, não o definindo nem como objeto de proteção do Direito Penal, nem como critério de criminalização. Roxin, por sua vez,

²⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 208 e 209.

²⁸⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 208 e 209.

trata o bem jurídico como ente a ser tutelado penalmente, sendo esta a finalidade precípua do sistema. Zaffaroni, por sua vez, entende o bem jurídico penal como critério de criminalização.²⁸⁹

Conforme aponta Juarez Cirino, a maior parte da doutrina crítica brasileira propõe o conceito de bem jurídico fundado em direitos e garantias individuais do cidadão, afastando dos processos de criminalização papéis sistêmicos (como fora proposto por Jakobs), risco abstrato, vontade do poder ou interesses extremamente difusos. Isto permite aplicar o direito ao fato tão somente quando da lesão ao bem jurídico tutelável, extinguindo por completo a possibilidade de um sistema que vise tão somente a estabilização de expectativas normativas.²⁹⁰

O legislador deve eleger os principais bens jurídicos constitucionais passíveis de tutela penal, levando-se em conta toda o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Desta premissa pode-se concluir que nem todo bem jurídico será digno desta espécie de tutela. Assim, é preciso ainda analisar que eleitos os bens jurídicos penais, não será toda ou qualquer conduta passível de punição, ainda que o fato seja compatível com descrição típica que justificaria a intervenção penal. Isto porque, além do juízo em relação à tipicidade formal, faz-se necessário que haja lesão que goze de certa importância, que seja significativa, de modo a promover um juízo de tipicidade material positiva, autorizando a subsunção do fato à norma penal.²⁹¹

Não obstante, requer-se que haja real afetação de bem jurídico para que se possa considerar a ocorrência de um crime, é imprescindível a promoção de um resultado jurídico da conduta, seja este o dano concreto ou o real perigo de lesão. Assim, avaliar tão só o conteúdo da norma não é suficiente, não será todo resultado competente para justificar a intervenção penal, faz-se preciso real e relevante lesão a bens jurídicos de terceiros.²⁹²

²⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 15 a 17.

²⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 18.

²⁹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 159 e 160.

²⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145 e 146.

Para Roxin, a tipicidade penal é composta pela tipicidade formal e material, de modo a considerar que os bens jurídicos penais devem ser os mais imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade e só será necessária a intervenção penal quando houver conduta que provoque lesão significativa.

O princípio da lesividade, do ponto de vista qualitativo, não permite a criminalização “excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação” que sejam garantidas pelo texto constitucional, hierarquicamente acima de qualquer norma infraconstitucional.²⁹³

O Estado é regido pelos princípios da tolerância e pluralismo, dos quais pode-se deduzir que o Direito Penal não pode entender-se legítimo a intervir apenas para impor padrões de condutas regidos por concepções meramente morais. A moralidade não pode ser enaltecida como objeto de tutela criminal, já que não é dever deste sistema a educação coercitiva de brasileiros adultos.²⁹⁴

É neste sentido, que após a análise do crime de bigamia, diante destas premissas, reflete-se a pertinência da proteção do bem jurídico organização da família casamentária. Ora, tendo em vista o princípio da intervenção mínima, que determina que o Direito Penal só poderia intervir quando estritamente necessário, percebe-se que o crime de bigamia corresponde a uma previsão que perdeu o sentido de ser.

O Direito das Famílias fora constitucionalizado com o advento da Constituição de 1988, constitucionalização esta que veio a ser consubstanciada com o Código Civil de 2002. O conceito de família mudou, passa a corresponder a toda “entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana”; tem a vocação de promover dignidade dos envolvidos, alicerce indispensável ao alcance da felicidade.²⁹⁵ Com princípios como o da pluralidade das relações familiares, igualdade substancial entre filhos, facilitação da dissolução do casamento, entre outros, o Direito de Família passa a ter arcabouço suficiente para tratar da maioria, senão todas, das questões familiares,

²⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 26.

²⁹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

²⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 87.

em especial, decorrentes do casamento e seus reflexos jurídicos.

Neste contexto, pautando-se nos princípios do Direito Penal, que determinam que este venha a interferir quando outro ramo jurídico não for capaz de promover a tutela ou meio menos gravoso, não estão sendo observados com a manutenção da tipificação. A intervenção mínima e subsidiariedade, que deveria ser observada em relação ao Direito de Família, é ignorada.

Uma outra análise é em relação ao princípio da fragmentariedade. Ora, se os bens jurídicos mais importantes merecem guarida penal, porque seria o casamento bem jurídico penal? Parando-se para analisar, a Constituição promove a proteção de toda e qualquer entidade familiar, permitindo os mais diversos arranjos que possam ser feitos, desde que dentro dos limites do ordenamento. Sendo assim, não faz sentido a proteção do matrimônio como forma de organização familiar privilegiada.

O crime de bigamia lesionaria a estrutura familiar monogâmica. Esta é uma questão que pode ser perfeitamente tratada no âmbito privado, como ilícito civil, permitindo-se indenizações pelas perdas e danos, se de fato houverem. A grande discussão é como se trataria a tutela da fé pública, haja vista que se pressupõe falsidade ideológica para a prática delitativa, já que o agente precisa se declarar desimpedido para casar-se. Parece adequada e inquestionável a conclusão de que a descriminalização da bigamia não afastaria a proteção à fé pública, tendo em vista que o crime de falsidade ideológica (art. 299, CP) subsistiria como crime fim, então. Esdrúxula é a permanência da proteção penal à monogamia, não é proporcional, adequada ou necessária a intervenção penal, ainda mais com ramo ainda mais capaz de promover a defesa da organização familiar.

O problema é o Estado manter uma disposição que visa inibir a infidelidade dos nubentes, com o intuito de proteger estas relações basilares à sociedade. No entanto, estaria o Estado intervindo num trato eminentemente particular, no qual se deve ter autonomia para disciplinar-se, tendo em vista o grau de subjetividade, personalidade que demandam estas uniões.²⁹⁶

O debate sobre a legalização da poligamia tem sido cada vez mais constante. Dentro do âmbito jurídico, questiona-se se o bem jurídico da organização jurídica

²⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.34.

matrimonial monogâmica é penalmente tutelável à luz da teoria do bem jurídico penal e dos princípios penais. Quando todos os agentes são maiores, capazes, conscientes da situação na qual estão se envolvendo e não só a aceitam, como também a desejam, por que não permitir a autonomia na formação das famílias, permitindo também o casamento poligâmico? Existem algumas amarras, reflexos de nosso enraizado patriarcalismo, que ainda subsistem no Direito das Famílias, mas este sem dúvidas é o ramo jurídico competente para tratar do tema, não cabe ao Direito Penal envolver-se.

Um fato que tenha potencial para se subsumir à norma não pode tornar-se jurídico tão somente por se enquadrar na descrição prevista no tipo, é preciso mais que isto. Zaffaroni, que adota as lições de Roxin, defende que, além da tipicidade formal, é preciso que haja tipicidade conglobante, a qual se desdobra em tipicidade material e antinormatividade. Isto quer dizer que a conduta tem que ser lesiva a bem jurídico fundamental, além deste agir não ser fomentado pelo ordenamento jurídico como um todo. Só quando atendidos estes requisitos pode-se falar em conduta delitiva punível.²⁹⁷

Toda conduta que seja penalmente típica deve ser necessariamente antinormativa. E mais, condutas estimuladas pelo ordenamento não são antinormativas.²⁹⁸ Quer dizer, se qualquer ramo do direito fomenta determinada conduta, o Direito Penal não deverá vedar este comportamento. Ora, quando a Constituição de 88 consagra o princípio da pluralidade de famílias, estimula-se que todo e qualquer cidadão constitua família, independentemente do que venha a entender como padrão ideal de família, bastando que seja uma agrupamento capaz de promover a dignidade humana dos envolvidos, dando-lhes meios ao alcance da felicidade.

Isto quer dizer que a Constituição não elege o casamento monogâmico como maneira de constituição legítima da família, pelo contrário, estimula outras formas e ainda garante o direito à extinção do casamento quando as partes não mais sentirem afeto para com a outra, consagrando o princípio da facilitação da dissolução do casamento. Não se pode entender que ordenamento estimule a poligamia, tendo em vista que o Direito Civil proíbe o casamento de pessoas já

²⁹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 156 e 157.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. I, p. 398.

casadas, logo há de fato antinormatividade na conduta.

É possível apontar inovações tímidas que o sistema jurídico brasileiro vem provocando com a forma com a qual encara os novos casos paradigmas. Recentemente, tornou-se fato público que Indaiatuba, São Paulo, um homem mantém relação com quatro mulheres, uma verdadeira relação poliamorista. E, para a surpresa de muita gente, estes conseguiram celebrar contrato particular de união estável.²⁹⁹

Outro caso fora o que ocorreu em Tupã, São Paulo, onde um homem e duas mulheres, que mantêm o mesmo tipo de relação, conseguiram declarar em cartório a existência de união estável através de escritura lavrada no Tabelionato de Notas de Tupã/SP. Este fora o Tabelionato que aceitou enfrentar a nova realidade social após as partes terem buscado diversos tabeliães de notas, que não aceitaram pactuar e fazê-lo.³⁰⁰ Dizia a escritura pública:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.³⁰¹

A professora Regina Beatriz é contra a relação poliafetiva. Entende a doutrinadora a ideia de poliafeto é um estelionato jurídico, já que o seu uso é uma forma de burlar o ordenamento para validar relacionamentos poligâmicos. Acredita que relacionamentos do tipo é um palco propício a subjugar pessoas envolvidas, o que iria ferir a dignidade humana das pessoas em questão.³⁰²

Por outro lado, existe o clamor de considerável parte da doutrina pelo reconhecimento do poliamorismo, mas ainda não encontraram amparo em decisões de nossos tribunais. A desembargadora Maria Berenice Dias, que milita na defesa deste posicionamento, na apelação cível nº 70015133069, julgada na 7ª Câmara

²⁹⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **União Poliafetivo é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165014,81042-Uniao+poliafetiva+e+um+estelionato+juridico>>. Acesso em: 02 set. 2014.

³⁰⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **União Poliafetivo é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165014,81042-Uniao+poliafetiva+e+um+estelionato+juridico>>. Acesso em: 02 set. 2014.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **União Poliafetivo é um estelionato jurídico**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165014,81042-Uniao+poliafetiva+e+um+estelionato+juridico>>. Acesso em: 02 set. 2014.

Cível de Porto Alegre, proferiu voto no sentido do reconhecimento de uniões paralelas:³⁰³

O ordenamento civil, consubstanciado no princípio da monogamia, não reconhece efeitos à união estável quando um do par ainda mantém íntegro o casamento (art. 1.723, §1º, do código civil). Certamente, esse é o ideal da sociedade: um relacionamento livre de toda a ordem de traições e, se possível, eterno até que “a morte os separe”. Contudo, a realidade que se apresenta é diversa. {...} O judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial.

No entanto, o voto da desembargadora fora vencido no Tribunal mais vanguardista, provavelmente, que o Brasil tem hoje, subsistindo a ideia de que a monogamia deve prevalecer como princípio no sistema jurídico brasileiro. Ainda assim, votos como este são um primeiro passo para provocar a reflexão quanto ao reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares, tendo por objetivo privilegiar a autonomia privada na constituição da família.

Muito embora os tribunais pátrios tenham a tendência de reconhecer a monogamia como diretriz das relações familiares, há pouco tempo o STJ apontou privilegiar a dignidade humana das pessoas que se encontram em situações poliamoristas/concubinárias, as quais, a priori, não seriam privilegiadas. Ora, ignorando-se um pouco os aspectos eminentemente morais que permeiam as relações pautadas no poliamorismo, não se questiona que a infidelidade e amores paralelos fazem parte de toda a história, própria humanidade, acompanhando de perto a história do casamento.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que é preciso privilegiar os princípios constitucionais da dignidade e da solidariedade humana ao julgar que seria devido o pagamento de pensão alimentícia à mulher que, por aproximadamente 40 anos, viveu como concubina de um homem casado. A concubina, idosa com mais de 70 anos de idade, quando jovem abandonou a carreira profissional com o intuito de se dedicar por completo ao parceiro, o qual “admitiu tê-la sustentado espontaneamente durante todo o relacionamento amoroso”.

³⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70015133069**. Sétima Câmara Civil de Porto Alegre. Relatora Maria Berenice Dias. Julgado em 13 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/70015133069.doc>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

Comprovada a dependência financeira, o STJ entendeu por serem devidos alimentos à concubina.³⁰⁴

O julgado demonstra a tendência em se privilegiar a dignidade da pessoa humana, bem como o reconhecimento das situações fáticas sociais, tendo em vista que a letra da lei jamais impediu a infidelidade, a configuração de famílias paralelas ou aquelas com múltiplos envolvidos no mesmo núcleo familiar como se cônjuges fossem. Não cabe ao Direito Penal desestimular situações como estas através da criminalização, seria um desvio de sua real função.

O tratamento da bigamia como crime provoca, sem dúvidas, o descrédito do Direito Penal, tendo em vista ser um tipo em desuso. Na Bahia, por exemplo, em uma pesquisa nos cadastros do MP, ao buscar registros de denúncias pelo número do artigo que tipifica a bigamia como crime, a última denúncia é datada de abril do ano de 2009, o que demonstra o completo desuso da figura típica no estado.³⁰⁵

Os preceitos constitucionais estimulam a formação da família com base no afeto, solidariedade, promoção da dignidade e meio pelo qual se busca o ideal de felicidade. Pois bem, o sistema jurídico como um todo talvez ainda não venha propiciando abertamente a prática do poliamorismo, por exemplo, no entanto, o que impediria, já que a Constituição de 1988 consagrou o princípio da pluralidade de famílias? Parece que apenas os resquícios do tratamento privilegiado à monogamia, oriundos das imposições de uma sociedade burguesa, patriarcal e extremamente patrimonialista.

³⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícias - Últimas. **Mulher com mais de 70 anos receberá pensão alimentícia após 40 de concubinato**. 07 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Mulher-com-mais-de-70-anos-receber%C3%A1-pens%C3%A3o-aliment%C3%ADcia-ap%C3%B3s-40-de-concubinato>. Acesso em: 10. Jun. 2015.

³⁰⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Inquérito Policial nº 082/09**. Salvador: 6ª Circunscrição Policial, 22 abr. 2009. Disponível em: <[http://sicop.sistemas.mpba.mp.br/Modulos/Consulta/Processo.aspx?L0QifJI5OZay/N8MYuNIm/WCX CdrGoh5lgWBjJgeUHu8IRwMtgDi2w==](http://sicop.sistemas.mpba.mp.br/Modulos/Consulta/Processo.aspx?L0QifJI5OZay/N8MYuNIm/WCX CdrGoh5lgWBjJgeUHu8IRwMtgDi2w==>)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a reflexão sobre tudo que fora exposto neste estudo, retoma-se o questionamento que intitula este trabalho: diante do crime de bigamia à luz da teoria do bem jurídico, quando é (des)necessário meter a colher na briga de marido e mulher?

A proposta acadêmica no curso de graduação provoca questões como para que serve o Direito Penal. Não há uma resposta plenamente pacífica no mundo jurídico, o que provoca uma inquietude. Quando percebe-se que o Direito, em toda sua amplitude, não é uma caixa cheia de divisórias independentes, desconexas e incomunicáveis, este mundo passa a ser percebido como um grande mosaico.

As mudanças sociais são constantes, não são previsíveis. E ainda que fossem, cabe ao Direito seguir aquelas que já ocorreram e geram reflexos na convivência social. O Direito Penal, ainda mais específico, deve ser convocado a aplicar-se quando não houver qualquer outra forma menos gravosa de proteger bens jurídicos constitucionais indispensáveis. Da garantia de direitos fundamentais à paz social justifica-se a aplicação jurídica penal, quando estritamente necessário.

Por vezes, a regulamentação de certas condutas demora a chegar. Em outros tempos, pode ser que aquelas regras que um dia se aplicaram perfeitamente a dadas primordialidade tornem-se obsoletas, porque o que se intitulava essencial já não corresponde ao que verdadeiramente é crucial às novas vistas.

Nesta perspectiva, diante das profundas transformações vividas pela sociedade brasileira, o tipo que incrimina a bigamia já não é celebrado como antes. O tipo, a princípio, visou proteger a família estruturada sob a égide do casamento monogâmico, única forma legítima de se constituir família. Hoje, diante a

constitucionalização das relações familiares, permitindo-se as mais distintas formas de se reconhecer como família, questiona-se a necessidade de manter a criminalização da conduta bígama.

O início de uma família já não tem partida em um “sim” diante do Estado ou Igreja, as formas de começar o jogo são as mais variadas, “sim”, “não”, “play”, “go”, “olá”! Superou-se o “até que a morte os separe” e proclamou-se “enquanto durar o amor”. O “felizes para sempre” não precisa ser a dois. Como na música, a carreira pode ser solo, em dupla ou em “bando”. A Constituição Brasileira de 1988 finalmente reconheceu que a vida não precisa ser uma peça que se enquadre em formatos pré-moldados pela ordenamento jurídico. A vida é garantida para ser redundantemente vivida sempre em busca de mais felicidade, ao Direito cabe observar e propor meios que garantam a possibilidade de se alcançar tamanha plenitude.

O Direito de Família fora amparado para cuidar de diversas questões diante desta multiplicidade de formas de interagir uns com os outros. Ao Direito Penal se reconheceu seu papel subsidiário, essencial quando nada mais for capaz de promover a convivência social pacífica. Se definiu, então, que apenas aquelas condutas significativamente lesivas a bens jurídicos essenciais e que não fossem tutelados por outros ramos jurídicos poderiam ser objeto proteção penal.

Como explicado neste trabalho, esta função de proteção a bens jurídicos essenciais atribuída ao Direito Penal fora muito bem explicada pelo funcionalismo teleológico de Claus Roxin, e mais tarde, com as ideias ainda mais trabalhadas, de Eugenio Raúl Zaffaroni, com seu funcionalismo teleológico. Ambos tratam muito bem da necessidade de se verificar a tipicidade material para se concluir pela prática de uma conduta delitiva. Zaffaroni, no entanto, debruça-se ainda mais sobre o princípio da lesividade em suas lições.

A partir de então, conclui-se:

- A. A teoria do bem jurídico, que já vem sendo adotada em nossos tribunais quando se exige lesividade do bem jurídico para configurar tipicidade (princípio da insignificância), parece ser a mais adequada para evitar abusos no exercício do *jus puniendi* estatal.
- B. Reacendendo a pergunta inicial, é desnecessária a intervenção penal quando se trata organização jurídica da família, nesta briga é completamente

- dispensável que penalmente se meta a colher. Não cabe ao Direito Penal tutelar o casamento monogâmico como meio legítimo de constituição familiar.
- C. Com a persistência da criminalização da bigamia após a Constituição de 1988, fere-se os princípios constitucionais da subsidiariedade, necessidade e intervenção mínima do Direito Penal, enfrentando-se a inobservância da teoria do bem jurídico penal, tendo em vista que, embora a família seja a base da sociedade, sua organização monogâmica não é elemento essencial à paz social.
- D. A Constituição Federal Brasileira propõe princípios que dão capacidade suficiente ao Direito das Famílias a resolver problemas no que concerne à organização familiar. Nesta linha, a subsidiariedade do Direito Penal aponta a necessidade da descriminalização da bigamia. Por este motivo, entende-se o crime de bigamia como ultrapassado, cada vez mais em desuso, contribuindo apenas aos questionamentos críticos acerca dos vazios do Código Penal de 1940.
- E. A descriminalização da bigamia não implica em impunidade àquele que se declara de forma distinta do estado civil que realmente ostenta, tendo em vista que com a descriminalização, a falsidade ideológica, que antes era crime meio, passa a ser crime fim.
- F. Existe uma tendência em se reconhecer a liberdade na formação da família, autonomia que, a princípio, é garantida pela Constituição de forma genérica. A Carta Magna assumiu o dever de incutir novos valores à sociedade, dentre eles a liberdade, autonomia no âmbito do Direito de Família.
- G. O tipo é resquício de uma sociedade muito diferente da que hoje compõe a pátria brasileira, muito embora o conservadorismo moral também paire ainda sobre esta terra. As pessoas devem ter cada vez mais sua ampla liberdade garantida, desde que de forma regulamentada, para que não haja abusos de modo a ferir o direito do outro. Os julgamentos meramente morais devem ficar fora do contexto jurídico e político-legislativo, é justamente esta confusão entre proteção de bens jurídicos e garantia de comportamento eleitos morais que contribuem à elaboração ou manutenção de legislações equivocadas, como ocorre hoje com a proibição penal da bigamia (há uma oposição muito

forte da Igreja e de famílias mais tradicionais). A bigamia (ou poligamia) pode ser imoral, mas não é papel do Direito Penal apontar este juízo de valor.

Ressalta-se que a análise e conclusão são pertinentes tão somente à exclusão do tipo penal que criminaliza a bigamia, não sendo objeto do debate a manutenção do ilícito civil que proíbe a bigamia (ao impedir na habilitação para o casamento que pessoa já casada contraia novas núpcias), muito embora particularmente se julgue que é preciso garantir a autonomia na constituição das famílias, não havendo que incorrer neste tipo de represália quando todos envolvidos são maiores, capazes e acreditam que a felicidade só será conquistada a este modo.

Enfim, ao Direito Penal cabe a finalidade de proteger bens jurídicos extremamente essenciais. Garanta-se a vida para que seja desfrutada da melhor forma possível, sem que se imponha amarras às escolhas de como este caminho será traçado. Este não é um papel jurídico penal. A vida é um filme em que o Direito não é o roteiro, mas o crítico que, por mais crítico, compra a história.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA Sagrada: versão digital. **(1Rs 11.3) I Reis, capítulo 11, versículo 3.** Blasterbit Software, Julho/2006.

ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ.** Rio de Janeiro, 2009, n. 25.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo:** a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Igor Rezende. **Movimento da Lei e Ordem:** sua relação com a lei dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acessado em: 25 abr. 2015.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Forense.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARÊDES, Sirlene Nunes. O conceito material de bem jurídico penal. **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD.** Jan./Dez. 2010, nº 6. Disponível em <<http://revista.fead.br/index.php/dir/article/view/277/215>>. Acesso em: 09 mai. 2015.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento,** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades.** IBCCRIM, Mai./Ago. 2009, nº 1. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/integra.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2015.

BEM, Leandro Schimitt de. **Bigamia** – doutrina. Blog Direito Penal, 27 out. 2010. Disponível em: <<http://professordebem.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal.** 2014. Disponível em <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. **Rio de Janeiro, RJ**, 24 fev.1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 16 nov. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014

_____. **Lei nº 3.071**, de 01 jan. 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236**, de 2012

(projeto do novo Código Penal). Brasília: Senado, 27 set. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 39583 - MS 2004/0161507-1. Impetrante: Carlos Alberto Gonçalves. Impetrado: Desembargador Presidente da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DJ 11 abr. 2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=532193&tipo=0&nreg=200401615071&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050411&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 04 de jun. 2010.

BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de (Organizadores.). **Violência contra as mulheres** - Uma história contada em décadas de lutas. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fund., 2010.

CAPUCHO, Joana. Homossexualidade é crime em 40% dos países da ONU. **DN Portugal**. 02 mar. 2014. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=3715377>. Acesso em: 10 jun. 2015.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 2006. E-book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

CRUZ, Mônica da Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. **A (curiosa) transformação legislativa do Direito de Família brasileiro**. In: Revista dos Tribunais, jun. 2014, Ano 103, v. 944.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *et al.* **Código Penal Comentado**. 7ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_artigo&cod_artigo=108>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. **Manual de Direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, revista, atualizada e ampliada, 2011.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 1891.

FACHIN, Rosana Amara Girar. **Em busca da família do Novo Milênio**: uma reflexão sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**, Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4 ed. revista, 2014.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **A adoção da teoria do bem-jurídico penal no Projeto de Código Penal**. Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, jan. 2013, XVI, n. 108. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12652&revista_caderno=3>. Acesso em: 6 maio 2015.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Trad. Orizon Carneiro Muniz. In: **Obras psicológicas completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1995, v. XIII.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante** - na teoria e na prática (dos Tribunais). Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Publicado em 15 de julho de 2008. Acessado em 09 de setembro de 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Hipertrofia Legislativa**: 3,7 milhões de normas em 20 anos. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77028,31047-Hipertrofia+Legislativa+37+milhoes+de+normas+em+20+anos>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

_____. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípio da Ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático interpretativa, o princípio da ofensividade como limite ao ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. II.

_____; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BANCHINI, Alice. **Direito Penal Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, I, 2011, v. 6.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**. Ano 2, nº 3, jul./dez. 2007, p. 255.

_____. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**: Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, 2000, v. 32.

_____.; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, mai/ago 2011, N.7. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Trad. Manuel Cancio Meliá. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania sexual e laicidade**: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LYNET, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Revista MPMG Jurídico Set./2005. Ano I, ed. 001. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/946/3.4%20.1%20A%20fun%c3%a7%c3%a3o%20do%20direito%20penal.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 22 abr. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Inquérito Policial nº 082/09**. Salvador: 6ª Circunscrição Policial, 22 abr. 2009. Disponível em: <<http://sicop.sistemas.mpba.mp.br/Modulos/Consulta/Processo.aspx?L0QifJI5OZay/N8MYuNIm/WCXCDrGoh5lgWBijGeUHu8IRwMtgDi2w==>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

NASCIMENTO, Hudson Nogueira; SANTOS, Giovana Ferreira Martins Nunes. **A (não)recepção do crime de bigamia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana das famílias plúrimas, poliafetivas ou socioafetivas**. *In*: Revista dos Tribunais, Ano 103, v. 943 (maio 2014).

NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11 ed., 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13 ed., 2013.

OAB Conselho Federal. **Cezar Bitencourt elogia “descriminalização do adultério”**. Brasília, 18 set. 2004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/2781/cezar-bitencourt-elogia-descriminalizacao-do-adulterio>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

PEREIRA, Eduardo Augusto Alves José Ferioli. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal: um olhar sobre os delitos de trânsito. **Revista Liberdades**. IBCCRIM, mai/ago 2014, N.16, p. 76. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades16.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2 ed., 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Céli Regina Jardim. Dossiê Teoria Política Feminista. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, nº 36, jun. 2010, v.18. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104->

44782010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 jun. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____.; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PUIG, Santiago Mir. **Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites al Ius Puniendi**. In *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela), pp. 205 y ss. Disponível em: <<https://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/bien-juridico-y-bien-juridico-penal-como-limites-al-ius-puniendi-s-mir-puig/>>. Acesso em: 09 mai. 2015.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70015133069**. Sétima Câmara Civil de Porto Alegre. Relatora Maria Benenice Dias. Julgado em 13 set. 2006. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/70015133069.doc>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **InDret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, OUT/2012. InDret 4/2012. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 922, Ano 101, ago. 2012.

_____. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 18, nº 82, jan./fev. 2012.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Editora JuPodivm, 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de informação legislativa**. Jan./Mar. 2013, ano 50, nº 197, p. 67. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequen ce=1>>. Acessado em 10 mai. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio Césas Faira Editor, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo**. Entrevista concedida a Marina Ito. Rio de Janeiro: Consultor Jurídico (Conjur), 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino?imprimir=1>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. I.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. I.

_____; SLOKUR, Alejandro; ALAGIU, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.