

O CRIME DE BIGAMIA DEFRENTE O CARÁTER DE *ULTIMA RATIO* DO DIREITO PENAL

THE BIGAMIA CRIME IN FRONT OF THE CHARACTER OF ULTIMA RATIO OF CRIMINAL LAW

Rômulo Castro Silva 1

Resumo: O presente artigo se pauta no desígnio de avaliar o crime de Bigamia confrontando este em uma dialética com a atual posição moral da sociedade em relação aos valores familiares, em especial o casamento, para compreender como síntese se os bens jurídicos tutelados e resguardados pela tipificação da bigamia ainda correspondem a um interesse social e Estatal, ou resta vencido pela sociedade, e, se sua guarnição pelo Direito Penal se tornou desproporcional. Assim, para tal estudo, valeu-se da metodologia de pesquisa científica de revisão bibliográfica, analisando os avanços sociais e das interpretações das normas jurídicas defrontes as novas condições sociais.

Palavras-chave: bigamia, descriminalização, *ultima ratio*.

Abstract: This article aims to evaluate Bigamia's crime by confronting it in a dialectic with the current social moral position in relation to family values, especially marriage, to understand as a synthesis whether the legal goods sheltered and protected by typification of bigamy still correspond to a social and state interest, or it turned overpast by society, and its garrison by criminal law has become disproportionate. Thus, for such study, it used the methodology of scientific research of bibliographic revision, analyzing the social advances and the interpretations of the legal norms facing the new social conditions.

Keywords: bigamy, decriminalization, *ultima ratio*.

1-Graduado em Direito (pela FACDO), Mestrando pelo Programa de Mestrado em Estudos de Cultura e Territórios (UFT), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (pela LFG) e Especialista em Direito e Processo Civil (pela ITOP). Atualmente, é advogado no Estado do Tocantins. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7674328883309705>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3186-1618>. E-mail: castrojur@gmail.com

Introdução

O presente trabalho prima por analisar o direito aplicado a sociedade compreendendo a característica de mutabilidade desta, tendo assim como primazia que a sociedade é formada por pessoas que abarcam o atributo de seres biopsicossociais, cuja dinamicidade acarreta em constante mudanças, a incluir suas visões morais, posto ser a moral um valor temporal e regional. Assim, visa-se analisar a sociedade e seu comportamento defronte os valores tutelados juridicamente que acarretaram na criminalização da bigamia.

Deste modo, estudando em linha cronológica, buscando compreender a origem dos valores que culminaram a defesa dos valores atribuídos a monogamia, ao casamento e a família e contrapor ao estigma atual da sociedade em relação a tais comportamentos, para assim compreender se há justificativa para a manutenção desta defesa de tais valores jurídicos pelo direito, e principalmente, se está em conformidade com as normas e princípios norteadores do direito que tal tutela se dê na esfera penal, posto o caráter de excepcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal.

Assim, compreendendo haver uma tipificação penal para a Bigamia, o qual pode estar embasado em uma valoração moral não mais enquadrada na conjuntura atual da sociedade, e não cumprindo os requisitos para figurar o resguardo deste bem jurídico na esfera penal, exsurge a necessidade de avaliar todas as ramificações científicas essenciais para análise de tal matéria, valendo-se especialmente do estudo histórico, social e jurídico que circunda tal matéria.

Assim sendo, para alcançar tal finalidade, valer-se-á a presente obra científica da metodologia de pesquisa de revisão bibliográfica, construindo um aparato teórico por intermédio das áreas correlatas, as quais fundamentam e levarão a compreender as mudanças ocorridas socialmente as quais repercutem sobre o campo das relações sociais, respingando necessariamente sobre o campo regulamentar jurídico, demonstrando as necessárias atualizações a se presidirem no campo normativo penal quanto a bigamia.

Considerações históricas

Breves apontamentos do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro

O domínio do Direito Penal é uma vertente que exsurge do Direito Público o qual tem como cardeal escopo a regulação e controle das relações interpessoais dentro da sociedade para assegurar-se a harmonia e segurança do conjunto de pessoas que coexistem em uma sociedade, e, portanto, tendo esse caráter de regulamentação, estipula então com base na valoração do ideal moral social as condutas não aceitas para aquela sociedade, de modo que o seu descumprimento pode acarretar o direito do Estado de puni-la através de penas previamente previstas.

No que concerne a nossa legislação pátria, a competência para estabelecer a regulamentação outrora citada é da União, em conformidade com o que se extrai da Carta Magna. Assim, pelo direito penal impor consequências extremamente gravosas, levando-se em consideração a dificuldade de reinserção do apenados a sociedade, e, mesmo no caso de penas as quais não se imponham a sanção de reclusão, mas, por mesmo em se tratando de prisão simples, ou regimes de cumprimento de pena o qual não seja o fechado, suas sanções afetam em maior ou menor grau o direito a Liberdade, o qual é fundamental e inerente ao homem, bem como resguardado pelo Constituição Federal.

Posto isto, além desta seara do direito impor limitações a direitos fundamentais da pessoa, a aplicação de sanção e a existência de ação penal em desfavor de uma pessoa, causa grande constrangimento moral, o qual pode ser difícil de reverter seus efeitos, posto isso, o direito penal é uma vertente que busca resguardar bens jurídicos tutelados o quais são primordiais, ou seja, trata-se de medida que busca trazer segurança a bens jurídicos de grande

valor e que não estejam acobertado por outros ramos do direito, mediante a possibilidade de imposição de sanções penais.

Deste modo, percebe-se o caráter excepcional do Direito Penal, de modo que está envolta na qualidade de fragmentariedade e subsidiariedade, o que significa respectivamente que o Direito Penal deve regulamentar e alcançar tão somente os fatos jurídicos de mais acentuada proeminência, sobre bens jurídicos tutelados os quais possuem notório valor, e, somente devendo ser enquadrado para sua aplicação e de suas sanções de forma subsidiária, o que significa que, somente deve ser justaposto, quanto os outros seguimento do direito não o fizerem, com o fito de se resguardar o bem jurídico o qual fora lesado ou pudera ser lesado.

Ademais, além das características *ex positis*, que se referem ao Direito Penal, deve-se levar em consideração que o direito é um ramo da ciência que converge com as ciências sociais, posto que sua aplicação e existência tem relação com fatos e valores sociais os quais são dinâmicos, e tal mutabilidade sociais repercute em nova reinterpretação e valoração das tipificações penais, logo, no decorrer da evolução do Direito Penal, diversas teorias foram apresentadas por juristas, desde correntes atribuíveis a juristas nacionais, quanto no que se refere a direitos estrangeiros e seus pensadores os quais influenciaram na legislação nacional.

Assim, avançado o Direito Penal liberal, a partir da corrente filosófica da Escola Clássica passou-se a compreender o crime como infração de uma normal penal, mas a penalização como uma a possibilidade de aplicação de pena como reflexo compensatório punitivo pela reprovação da transgressão da norma, assim, mais do que a reprovação por descumprimento de uma norma, essa só existiria por haver uma reprovação anterior da conduta, ou seja, ser socialmente esperado a adoção de conduta diversa a adotada pelo agente.

Assim, em consonância a literalidade da Lei, no Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se crime:

Considera-se crime a infração penal a que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou de ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941)

Portando, partindo da compreensão entabulada na literalidade da lei para compreensão do crime, concorrentemente, pode ser assimilado melhor tal entendimento segunda a doutrina pelo que expressa Guilherme de Souza Nucci (2013, p.117), asseverando ser o crime um “fato típico, antijurídico e culpável (...) o delito tem três elementos indispensáveis à sua configuração, dando margem à condenação. Sem qualquer um deles, o juiz é obrigado a absolver”.

Portando, percebe-se que, para a existência do crime deve haver a tipificação da conduta, e que esta deve ser anterior ao fato, bem como, seja a conduta antijurídica, e, para tanto a antijuridicidade pode ser compreendida, pelas palavras de Welzel (2001, p. 74) como “a reprovabilidade de um fato referido a um autor determinado. O injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal”.

Portanto, pode-se perceber inerente ao conceito de crime a reprovabilidade da conduta, ou seja, ser considerada a conduta ofensiva a bem jurídico e esperado socialmente conduta diversa, e que, tal bem não seja protegido ou não possa ser devidamente protegido por outra esfera do direito, tal como a civil, para cumprir-se o caráter de subsidiariedade.

Ademais, como já outrora citado, o direito penal por seu caráter de excepcionalidade e gravidade de suas sanções, presta-se a intervir diante das situações mais gravosas e lesivas não resguardadas por outros ramos do direito, assim, também cumpre ressaltar a existência do princípio da insignificância, que busca evitar e proporcionalizar o uso das sanções penais, prevenindo seu uso excessivo quanto as hipóteses em que a lesão causada pela conduta do agente não repercutir sobre bem jurídico relevante, mesmo que tutelado, de modo a se tornar desarrazoado a aplicação do Direito Penal (SOBRINHO, 2014).

Logo, sobre a doutrina brasileira emerge o Princípio da insignificância sob a influência do direito alemão, por intermédio de Claus Roxin o qual sustentava a posição de que a

insignificância penal teria o condão de se afastar a incidência de crimes que, além de atribuir-lhe a função de excluir do Direito Penal crimes que, por sua bagatela, não teriam repercutiriam e real lesão ao direito tutelado (SILVA, 2008).

Faz-se perceber então que os crimes tidos por insignificantes, os quais não se aplicam tão somente a crimes cometidos contra o patrimônio, se amoldam ao tipo estatuído em lei, mas, em contrapartida, afasta-se tal caráter por não ver-se um relevância na lesão causada ou esta não gerar uma valoração negativa socialmente, assim, garante a atuação do direito penal as situações verdadeiramente expressivas e lesivas, evitando a aplicação de sanção que seja desarrazoada a conduta do agente, assegurando-se a proporcionalidade.

Deste modo, haverá uma esculpação em *latu senso*, atrelado aos valores sociais de modo a se afastar a tipicidade de uma conduta a qual seja inexpressiva diante da gravidade e excepcionalidade do direito penal, considerando-se não atacar as estimas do Direito Penal (ACKEL FILHO, 1988).

A entidade familiar no direito brasileiro

Por ser atribuído proeminente valor pela sociedade a Entidade Familiar, esta adentrou ao rol de “artefatos” tutelados e regulamentados pelo direito, momento o qual, dentro da esfera do Direito Civil, mais especificadamente no Direito de Família, doou-se empenho a estudar-se e regulamentar esta Entidade com fito de protege-la judicialmente.

Contudo, é de se observar que a família é uma manifestação cultural e local, e da mesma forma que a sociedade, esta é dinâmica, presidindo mudanças em suas conjunturas concomitantemente com as mudanças sociais. Mesmo assim, dentro dos seus limites, a Lei Maior prestou a defini-la dentro dos parâmetros tidos a época da entidade familiar, necessitando então o preenchimento dos requisitos por ela expostos para o reconhecimento da formulação da Entidade Familiar (MADALENO, 2008), sendo que tais elementos constitutivos podem ser encontrados em seu Art. 226.

Portanto, pelo caráter mutável da sociedade, com a evolução moral e diversificação nas formas de se relacionar, os esqueletos da estrutura familiar passaram a receber novos moldes, passando a abarcar novos formatos de entidade familiar os quais não se amoldavam aos critérios legais, e que, passaram a ser reconhecidos por meio da jurisprudência e doutrina para garantir-se sua proteção.

Assim, pode ser percebida a família como fator histórico, presidindo assim uma contínua construção, e portanto, em face a pluralidade cultural, esta pode se manifestar em moldes diversos e além dos previstos legalmente, visto que, primeiramente o fato existe, para então passar-se a ser regulamentado, demonstrando assim uma anterioridade da existência da Entidade Familiar no mundo fático, para então, posteriormente seu reconhecimento e regulamentação no mundo jurídico (GOMES, 1999).

Portanto, mesmo presidindo-se uma constante construção, é reconhecida legalmente e jurisprudencialmente o casamento como uma das formas de formar uma entidade familiar, a qual no mundo fático ainda há grande peso para nossa sociedade, sendo em regra ainda a principal forma de se iniciar novos núcleos familiares, seja pelo casamento ou pela modalidade equiparada, a união estável.

Conceito de casamento

Pela literalidade da lei, o casamento pode ser compreendido como a união de vida entre um homem e uma mulher, pautados no objetivo comum de se estabelecer família.

Deste modo, assevera Clóvis Bevilacqua ser o casamento um:

Contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se

a criar e educar a prole de ambos nascer”, tal visão tem a concepção contratualista e a de enfatizar a tradicional e a estreita comunhão de vida e de interesses, realçando o mais importante dos deveres, que é o relacionado a prole. Tal conceito se encontra na era moderna.

Contudo, apesar de se permanecer na essência a concepção *ex positis*, ressalva-se que, atualmente e mui sabiamente, por intermédio dos avanços trazidos pela doutrina e jurisprudência com o fito de afastar-se do direito concepções preconceituosas de modo a ensejar lesão a direitos individuais com base em concepções primariamente religiosas, observando-se a laicidade do estado, também é reconhecida a união homoafetiva, podendo por tanto realizar-se tanto a união estável como o casamento. Posto isto, o contrato ou união, outrora exposto no conceito de Bevilaqua, passa a compreender a união entre duas pessoas, sejam ela de sexo oposto ou do mesmo sexo.

Natureza jurídica

No que se refere a natureza jurídica do casamento, deve-se se observar que há uma pluralidade de seguimentos doutrinários os quais visam classificar a natureza jurídica do casamento, contudo, dentre as correntes existentes, três delas são preponderantes, sendo duas delas portanto a corrente clássica e a institucionalista, compreendendo respectivamente que o casamento possui caráter puramente contratual, enquanto a institucionalista compreende o casamento como uma formação institucional, cujas regras específicas são estatuídas pelo Estado.

Contudo, a terceira corrente e majoritariamente aceita, trata-se da corrente eclética, a qual também pode ser denominada como corrente mista, que, correlaciona e agrega as concepções estabelecidas pelas duas correntes anteriores, compreendendo que o casamento tem natureza jurídica mista, tanto de contrato como instituição, compreendendo tratar-se o casamento de contrato peculiar mediante o qual, os noivos passaram a instituir uma entidade regulamentada pelo Estado através da união matrimonial.

Por este viés, Miranda (2012), compreende que por intermédio dessa relação contratual/institucional o qual formaliza-se o casamento tem respaldo no Direito de Família, e mesmo que o seu contrato tenha registro civil, as garantias que deste emergem têm cunho institucional e não contratual.

Bigamia

Influência e herança moral religiosa no crime de bigamia e a laicidade do Estado

Primeiramente, cumpre ressaltar que a bigamia pode ser percebida como a efetivação de um novo casamento quando se tenha um vínculo matrimonial anterior mediante casamento, sem que o tenha dissolvido previamente para a realização da nova união.

Contudo, este não é um termo recente ao ordenamento jurídico ou mesmo ao mundo fático, a bigamia é um termo e um fato combatido desde o período anterior a colonização do Brasil, sendo que, a valoração negativa deste fato e a tentativa de combater tal prática chega ao Brasil ainda com seus colonizadores, em especial, como um valor moral religioso europeu.

Assim, como preceitua Carcel (1980), a bigamia era encarada como similar a uma proposição herética, ou seja, uma conduta a qual atacaria ou ofenderia diretamente a igreja ou seus membros, então tal prática era coibida e vistoriada pela própria igreja, bem como punida pela mesma, em especial no período Inquisitivo por meio do Santo Ofício, e possuía competência concorrente entre a seara cível e episcopal.

Assim, essa valoração moral negativa em face a essa prática fora trazida e enraizada com

a colonização, de modo que este valor ainda permanece, ou ao menos a normatização na esfera penal, mesmo com as mais alternadas inovações sociais, bem como a separação do Estado e da Igreja, lembrando que, a origem do delito teria como base a ofensa a valores da igreja.

Contudo, mesmo diante da laicidade do Estado, a concepção de criminalização da bigamia persistiu, mesmo quando, em sua origem, quando combatida pelo Estado, era de alçada cível, mas, mesmo devendo haver uma separação entre os valores morais religiosos e interesses da igreja e do Estado, no direito brasileiro a ilicitude da conduta ainda permanece e mesmo seus efeitos sendo crucialmente refletidos no campo civil a sua inibição e sanções são combatidos pela esfera penal.

Tanto no que se refere a colonização quanto a imigração para o Brasil, em especial deuse a partir do Continente Europeu, sendo em sua preeminência países com preponderância católica, aonde sobre as pilastras morais da monogamia sacralizada pela benção divina, e, portanto, rechaçada a possibilidade da separação ou nova união, pois vista como indissolúvel, momento o qual, a bigamia representada diretamente uma ofensa a igreja e aos valores sacros, e que deveria ser fortemente combatida.

Do mesmo modo, até presidir-se uma separação entre Estado e Igreja, havia um entrelaçamento entre direito e moral, que muitas vezes tinha condão religioso, havendo uma dificuldade de dissociação entre imoral e criminosos.

Contudo, a sociedade vem presidindo uma razoável transformação nos moldes das relações, a incluir-se os relacionamentos afetivos interpessoais com a finalidade de se formar um núcleo familiar, no qual percebe-se de forma mais evidente a liberdade na individualidade de cada casal ou família, abolindo assim muitos parâmetros conversadores e padrões morais os quais tem sido superados, emergindo assim novos anseios pela sociedade quanto as suas relações, de modo que, atualmente para formação de uma entidade familiar, nem mesmo se faz necessário o convívio em um mesmo lar, o que evidencia o surgimento das novas realidades

Doutro lado, diverso dos vastos critérios legais para estruturação de uma família, tem passado a dar enfoque para um novo e principal critério para identificação da família, além do próprio interesse que formar um núcleo familiar, que é o afeto. Deste modo, o laço afetivo entre os membros que compõe o núcleo familiar é um imperioso critério para seu enquadramento, o qual também permite uma maior abertura para interpretação e enquadramento das novas estruturas familiares, fazendo assim perceptível uma mudança quanto aos critérios antes socialmente esperados e dos valores sociais imersos na estrutura familiar, havendo um rompimento de valores morais os quais ainda são tutelados pelo Direito de Família e resguardados pelo Direito Penal.

Percebe-se então um perdimento no decurso do tempo da família patriarcal de valores religiosos sacralizados e emerge uma grande variedade pautada no elo de afetividade e na busca do bem comum desta pequena comunidade institucionalizada pelo Direito de Família.

Destarte, permanecer o Estado exigindo a fidelidade e monogamia, os quais são heranças do domínio da igreja sobre o Estado e de sua moral religiosa, impondo-a a toda a coletividade, é o mesmo que ignorar a laicidade do Estado e ignorar também as novas realidades sociais e novo mundo jurídico, concorrentemente.

Mesmo perceptível a dificuldade da mudança da literalidade da lei, até por questões políticas, aonde o manifesto de representantes do povo contra valores morais consagrados pela igreja geraria grandes prejuízos a estes, vem então o judiciário, de forma indireta “legislando” com a aplicação de novas interpretações da lei, o que se pode observar no julgado do Recurso Extraordinário 103.775/RS, no qual o relator Ministro Aldir Passarinho levantou novo entendimento quanto aos direitos da concubina de forma diversa ao que a lei dispunha, com o fito de não se acarretar em enriquecimento ilícito e afastamento do direito ao patrimônio somente pelo interesse do legislador em severamente punir aqueles que não se amoldaram aos critérios legais e morais tutelados pelo estado para constituição de uma família.

Parte da sociedade estima a monogamia, e tal apreço já foi tão latendo ao ponto de já ter sido considerado no Brasil crime o adultério, tendo assim, flexibilizado a valoração da fidelidade ao ponto de ter que ser essa protegida pela esfera penal, havendo assim uma desproporção entre os fatos e a sanção, até por ter a sociedade alterado seus padrões de se

relacionar e da flexibilização de cada casal quanto a importância deste valor em suas relações.

Não podendo ser exigido assim que o casamento sempre presida os mesmos valores em relação a todas as pessoas, devendo assim haver liberdade entre os nubentes quanto ao que se esperar da relação, e os valores que estes atribuem a sua união, posto que, o artefato principal é o afeto entre estes na busca do bem comum da sua família, assim, não se faz proporcional a imposição dos valores institucionalizados, e, mesmo por haver um regramento legal, este descumprimento deve abarcar uma punição civil, a qual o vínculo matrimonial pertence, e não migrar para esfera penal.

Bigamia no atual ordenamento jurídico brasileiro e a defesa de valores morais tutelados

Elucida-se então que o reflexo primordial da bigamia estava na ofensa aos valores que a igreja imbuía ao matrimônio, e, mais tardiamente adotado, institucionalizado e resguardado pelo Estado, como ainda se encontra em nosso ordenamento jurídico. O que difere das dificuldades anteriores para a realidade atual, persiste no fato de que, anteriormente pela maior vinculação e intervenção da igreja quanto as normatizações das regras sociais, é de que a igreja poderia não aceitar o divórcio, sendo esta a regra, e o fato de um cônjuge estar vivo impediria um novo matrimônio por parte do outro, em vista a impossibilidade do desfazimento da união outrora consolidada.

Além deste fato, em regra para firmar-se nova união, necessário faria a adoção de uma nova identidade, e concorrentemente documentos falsos, incidindo então mais uma tipificação, quanto a falsidade ideológica.

Mesmo, pautado na visão atual, observado a liberdade de manter-se ou não em uma relação e, desvincilhado da moral religiosa, em especial cristã, vê-se uma nobreza na adoção da regra para época colonial e períodos anteriores, posto que, aquele que procurava uma nova relação em bigamia, em regra posicionava-se de modo a abandonar sua companheira e seus filhos, o que gerava graves consequência posto o período estar firmado no patriarcado, deixando assim a família em situação de grande insegurança.

Contudo, mesmo aclarado que primordialmente os efeitos da bigamia seriam de afetação de um instituto civil, o qual é tutelado pelo Direito de Família, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro o crime de bigamia encontra-se tipificado no Art. 235, conforme a seguir se expõe:

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. (BRASIL, 1940)

Assim, conjuntamente ao crime de bigamia, no Título VII, Capítulo I do Código Penal, se estabelece um rol de crimes contra a família e o casamento, demonstrando assim um robusto interesse do Estado em proteger a entidade familiar; de modo a tipificar-se criminalmente uma vasta possibilidade de condutas que podem repercutir sobre a Entidade Familiar a qual este tutelou e buscou proteger.

O Estado percebe na família uma importância para o desenvolvimento dos seus membros que a compõe, em especial quando da existência de criança ou adolescente, em que por estarem em fase de formação, há a necessidade de empenho de cuidados especiais para garantir seu sadio desenvolvimento.

Por tanto, a estrutura familiar é compreendida como uma estrutura importante para a formação dos indivíduos que compõe o núcleo familiar o qual integra, sendo então este o

principal bem jurídico resguardado, assim como o próprio casamento, o qual origina-se se um contrato previsto em lei, pelo qual os contraentes passam a pertencer a uma instituição regulamentada pelo Direito de Família, e assim, com a criminalização da bigamia, acredita-se estar-se resguardando esta instituição sacralizada.

Contudo, há de se observar que, a lei elenca tratar-se de bigamia, somente nas hipóteses de casamento, de modo a não abarcar a união estável, sendo assim, aquele que mantém duas uniões estáveis concomitantes ou um casamento e uma união estável não se enquadra nos elementos do tipo, e portando, mesmo em efeitos práticos haverem as mesmas consequências, não tratar-se-á do crime de bigamia.

Mas, para este crime estará também sujeito a penalização aquele(a) que, não sendo casado(a), contrair núpcias com quem saiba ser casado(a), ou seja, ter o conhecimento que aquela pessoa se tornará bigamo(a), e, portanto, estaria praticando um ilícito penal. E, quando o nubente desconhecer tal característica, ou seja, da existência de casamento anterior o qual não fora dissolvido, este(a) nubente, para o mundo jurídico é visto(a) como figurante do polo passivo, ou seja, também vítima deste ilícito penal.

Contudo, de forma diferente ao período colonial, atualmente não se é possível a prática do crime de bigamia, sem a falsidade ideológica, tipificado no Art. 299 do Código Penal, mas, pelo princípio da consunção, e por haver nexos de dependência entre os crimes, haverá apenas a punição quanto ao crime fim.

Todavia, conforme já elucidado, os padrões de relações e família tem extrapolados os ditames convencionais estatuídos pela legislação, assim, a poliafetividade tem se tornado uma realidade, e conforme Gagliano (2009, p. 444) “por mais que não seja o padrão comportamental da nossa vida afetiva, trata-se de uma realidade existente, e que culmina por mitigar, pela atuação da vontade dos próprios atores da relação, o dever de fidelidade”.

Logo, não se pode ignorar que mesmo sendo a fidelidade um valor moral, o qual fora tutelado juridicamente, e, sendo ainda um padrão ainda aclamado socialmente, este não é mais absoluto, ou mesmo nunca o sendo, tal ruptura tem-se dado abertamente na atual conjuntura social, de modo de casais tem optado por relações abertas, aonde a fidelidade não se trata mais de um valor necessário para união.

Assim como tem-se emergido as novas modalidades de relações poliafetivas mantidas por meio de uma pluralidade de pessoas, excedendo as ditames da norma, que busca restringir as relações a “união entre um homem e uma mulher” ou “a união entre duas pessoas”, demonstrando assim haver uma quebra no padrão social, aonde hoje se presidem relacionamentos triangulares ou de suas mais diversas possibilidades e não podendo o Estado refutar-se de reconhecer e regulamentar as novas formas da sociedade de se manifestar.

Porém, emerge o dilema de, se a união estável equiparar-se ao casamento, na hipótese de relações concomitante por que não há intervenção estatal com o fito protetivo de modo a penalizar-se tal conduta? (GAGLIANO, 2009), ou mesmo, se o fito é proteger-se o casamento, a fidelidade e a família, porque punir pessoas as quais possuem moral diversa a maioria, quanto adeptas a poliafetividade, sendo que o interesse primordial são destas? Não haveria então uma limitação a liberdade de escolha e formação familiar de modo a enquadrar ou incentivar a formação de famílias nos moldes sacralizados pela Igreja?

O que se faz perceber é a necessidade de um estudo social e jurídico com o fito de se observar a atual realidade da sociedade e dos valores aclamados para esta instituição tutelada pelo Estado, visto que os moldes de se relacionar e aquilo que é visado pela sociedade no momento da união pelo casamento com o fito de se instituir um novo núcleo familiar não paira mais sobre os mesmos valores que consolidavam esta instituição desde a colonização, até porque os valores sacralizados pertencem e originam de uma vertente religiosa que muito tempo esteve no poder do Estado, e não se pode mais incorrer no risco de se impor a toda uma sociedade os valores morais religiosos intrínsecos, mesmo que sutilmente de um ranço histórico a toda uma coletividade a qual incorpora múltiplas origens, morais, religiões ou ausência desta.

Princípio da intervenção mínima/ caráter ultima ratio

Assim como no “contrato *social*” *ilustrado por Rousseau*, no qual prevê uma outorga automática e presumida dos civis ao Estado para que esse esboce os regramentos quanto as normais de convívio social, o que manifestaria o interesse e vontade majoritária da coletividade, visando o bem estar e segurança social, é dever do Estado primar pela segurança dos bens jurídicos tutelados em sua mais vasta sorte de direitos.

Para tanto, a Constituição Federal em seu Art. 144, caput, prevê que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos” (BRASIL, 1988), mas além destes órgãos ostensivos, primeiramente, deve o Estado regulamentar as normas as quais os civis se submeterão, com o fito de se garantir a harmonia na convivência, exercendo assim um controle social através da normatização, que, em regra há de manifestar o interesse público e da própria coletividade.

Adentrando na esfera Penal, esta ramificação do direito público visa assegurar primariamente os bens jurídicos tutelados de maior relevância, assim, através da tipificação de atos que atente a este, apresentam a possibilidade de aplicação de sanção através do *jus puniendi*, com o fito de coibir lesões a tais direitos, trabalhando numa tríade preventiva, repressiva e reeducativa, compreendendo assim, que o resguardo destes bens primários alcançar-se-á a pacificação social.

A tutela e proteção destes bens por meio da esfera penal se deve somente aos bens mais relevantes, posto que, o Estado neste mecanismo se vale de meios gravosos para sua coação, de forma a mitigar o direito fundamental da liberdade, por tal fato, o direito penal assume caráter excepcional e subsidiário, devendo ser o mecanismo utilizado quando as outras demais áreas do direito não foram efetivas para resguardar o direito tutelado.

Posto isto, em consonância ao que assevera Bittencourt (2011), a atuação do direito penal deve estar adstrita as práticas de ações mais graves que versem contra os bens jurídicos de maior relevância, estando aí caracterizado sua função fragmentária, pois sua proteção de deve apenas a parte dos bens jurídicos protegidos que tem as características anteriormente citadas.

Concorrentemente se faz perceptível ser o Direito penal regrado pelo princípio da intervenção mínima, o qual tão pode ser intitulado como *ultima ratio*, que tem o condão duplo de nortear e limitar o *jus puniendi* a ser exercido pelo Estado, e, havendo outros ramos do direito aptos a tutelarem um bem jurídico, menos gravoso, deve-se abster o Direito Penal de exercer tal controle, agindo assim, tão somente subsidiariamente, quando não houver outro meio eficaz para sua defesa (BITTENCOURT, 2011).

Contudo, em caminho inverso ao que se elenca o princípio norteador do Direito Penal, a intervenção mínima, sendo na época da elaboração do lei, um tipo adequado para figurar na esfera criminal, atualmente não se parece mais proporcional a tutela dos bens jurídicos vinculados ao casamento e a valoração da fidelidade no âmbito penal, demonstrando assim uma inadequação da intervenção do Estado aplicando seu *jus puniendi* em caso de um descumprimento de uma relação contratual/institucional que vigora na esfera cível.

Assim, a lógica, extraída da própria natureza jurídica da Entidade Familiar e do casamento, que tal descumprimento pode e deve ser regulamentado e resguarda em esfera cível ou administrativa e não ultrapassar e alcançar a esfera penal, e suas respectivas sanções que visam coibir os atos mais nefandos da sociedade.

Assim, aplicar sanções penais por um descumprimento de contrato cível que zela pelo interesse primordial de um casal, ou um núcleo familiar, dizendo ser vítima do crime o Estado/ toda coletividade, não é razoável, não é proporcional a intervenção do Estado, ao menos não através do Direito Penal, aplicando sanções de privação da liberdade, acarretando um prejuízo psicológico, gerando danos e prejuízo ao agente e ao estado com o processamento e encarceramento, sem falar-se na relutância social em recebimento de reeducando, ou de qualquer pessoa que possua condenação penal.

Estes prejuízos alcançam o bigamo que seria punido e respingaria inevitavelmente a

própria família, com os prejuízos psicológicos e financeiros que presidiriam. Ademais, os danos possivelmente advindos dessa conduta, afetaria essencialmente as famílias, seja a primeira, ou a segunda, caso o casamento tenha se dado sem o conhecimento do fato impeditivo, e tais danos versam primariamente sobre danos morais e até mesmo patrimoniais, e tais lesões podem ser facilmente verificadas e reparadas na esfera cível.

Deixando evidente assim que a tipificação do crime de bigamia se trata de um excesso da atuação do Estado no Direito Penal, tutelando juridicamente bens e valores morais e protegendo-os com medidas desproporcionais ao bem resguardado, e deixando de se observar o princípio da intervenção mínima, posto que facilmente o direito familiar que se busca proteger, já se encontra resguardado pelo próprio direito de Família, e, quanto a sua reparação, esta também pode ser realizada na esfera cível por meio da reparação indenizatória por danos morais e materiais ocasionados, assim como no que se refere a anulação de qualquer ato que se tenha dado em desconformidade aos regramentos para constituição da entidade familiar e do casamento nos moldes idealizado pelo Estado.

Considerações finais

Após ponderar o esboço atual da realidade social no que se refere aos novos comportamentos defronte a formação da entidade familiar, assim como dos valores e termos que emergem como novos propósitos objetivados em relação ao casamento, é perceptível o surgimento de uma alteração na valoração por parte da sociedade quanto os fundamentos estruturais e morais que sustentam a entidade familiar e o casamento, não correspondendo mais aos valores outrora tutelados, ou não mais com o mesmo peso outrora revestido e nem mesmo com o mesmo alcance e aceitação social.

Assim, observada a mutabilidade e os avanços presididos pela sociedade, é necessário a legislação acompanhar tal vicissitude, não podendo assim permanecer tutelando valores os quais não correspondem mais as estimas daquela sociedade, menos ainda guarnecer ranços da Idade das Trevas e seus valores sacro-religiosos do período Inquisitivo, deixando-se de observar a separação Estado-Igreja, tornando-o laico.

Ademais, em relação a manutenção do crime de bigamia na sociedade atual, além de se tratar de uma oposição ao esperado do Estado quanto aos apontamentos retrocitados, é ainda uma afronta ao próprio Direito Penal, na medida em que deixa-se de se observar que, defronte ao atual disposição social quanto a sistematização da família e do casamento tem-se alterado.

Portanto, a manutenção da tutela do casamento monogâmico pelo ordenamento jurídico penal é ignorar o seu próprio caráter de fragmentariedade, evidenciado por sua subsidiariedade e excepcionalidade, como *ultima ratio*, quando facilmente o combate deste delito, que por infringir uma normatização, não por atualmente ser valorado negativamente quanto outrora o era, mas, tal coação pode se dar pela esfera civil, assim como a reparação pelos danos que eventualmente podem ocasionar aos reais e principais interessados, os núcleos familiares envolvidos. Devendo assim, ser tal matéria ora assegurada e tutelada pelo ordenamento jurídico penalista afastada do âmbito criminal com a concorrente incidência do abolitio criminis em relação ao crime de Bigamia, e posteriormente estudar-se minuciosamente os valores e critérios que correspondem ao atual instituto do casamento e da entidade familiar e assim, manter a sua regulamentação no Direito de Família na seara Cível, e nesta mesma ramificação manter toda sorte de medida para resguarda-lo, puni-lo e repará-lo.

Referências

ACKEL FILHO, Diomar. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal**. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo*. São Paulo: TJSP, v.94, abr./jun./1988.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Portal da Legislação**, Brasília, jul. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 3.914 de 09 de dezembro de 1941. **Portal da Legislação**, Brasília, jul. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm >. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jul. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 jul. 2019.

Carcel, Ricardo Garcia. **Herejia y Sociedad en el siglo XVI. La Inquisición de Valência 1530-1609**, Barcelona, Península, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática** (dos tribunais). In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords). Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 444.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática** (dos tribunais). In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords). Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARIA SOBRINHO, Fernando Martins; GUARAGNI, Fábio André. **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL**. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 36, p. 373-421, dez. 2014. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1006/697>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

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

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Parte Especial**, 9ª Edição. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ivan Luiz da. PRADO, Geraldo (coord). **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais: coleção pensamento crítico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
Voto vencido do Rel. Min. Aldir Passarinho, no **Rec. Extr. 103.775/RS**, julgado em 17.9.1985. RTJ 117, p. 1.269.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

Submetido em: 5 de fevereiro de 2020
Aceito em: 22 de agosto de 2020