

Delitos dos arts. 236 e 237 do Código Penal e intervenção mínima: o casamento é, ainda, um bem jurídico-penal?

Criminal Offenses under Articles 236 and 237 of the Brazilian Penal Code and the Principle of Minimum Intervention: Is Marriage Still a Protected Legal Interest in Criminal Law?

Gerson Faustino Rosa 

Estágio pós-doutoral em Direito Empresarial e Cidadania: Direito Penal Econômico pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA. Doutor em Função Social do Direito: Direito Penal pela Faculdade Autônoma de Direito, FADISP. Mestre em Ciências Jurídicas: Direito Penal. Especialista em Ciências Penais pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, CESUMAR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Maringá, UEM. Diretor da Escola Superior em Direitos Humanos do Estado do Paraná. Professor de Direito Penal e Criminologia na Escola Superior de Polícia Civil e na Faculdade de Direito de Curitiba. Diretor de Justiça na Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania do Paraná.

Resumo: Tem por escopo a análise crítica e a exploração de um importante problema político-criminal da atualidade: a criminalização de condutas que afrontam o casamento, quais sejam os arts. 236 e 237 do Código Penal, o que não mais se coaduna com a atual função do sistema penal, criticando-se a atividade desenfreada do Poder Legislativo que produz leis penais para tutelar bens jurídicos passíveis de proteção por outras esferas do Direito, valendo-se da força simbólico-comunicativa do Direito Penal desnecessariamente, ampliando em demasia o alcance da Ciência Penal, a ponto de vulgarizar o sistema jurídico-penal em razão de seu uso indiscriminado. Em primeiro plano, trata da política criminal relativa ao livre planejamento familiar, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares, como ocorre no Código Penal de 1940, destacando a necessidade de se respeitar os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade antes de o legislador valer-se da ingerência penal para tutelar qualquer bem jurídico. Mais adiante, apresenta a importância do bem jurídico-penal, dando ênfase à família como bem categorial, e ao casamento monogâmico como bem específico, “lesado” quando do cometimento dos crimes descritos nos arts. 236 e 237 do Código

Penal. Analisa brevemente os tipos penais mencionados, criticando as criminalizações de caráter subsidiário, passíveis de salvaguarda pelo Direito Civil, que na resolução de conflitos como este mostra-se muito mais eficaz do que a intervenção penal.

Palavras-chave: Induzimento em Erro Essencial; Ocultação de Impedimento; Conhecimento Prévio de Impedimento; Casamento; Intervenção Mínima.

Abstract: *Its scope is the critical analysis and exploration of an important current political-criminal problem: the criminalization of conducts that affront the marriage, which are the arts. 236 and 237 of the Penal Code, which is no longer consistent with the current function of the penal system, criticizing the unbridled activity of the Legislative Power that produces criminal laws to protect legal assets subject to protection by other spheres of Law, taking advantage of the symbolic-communicative force of Criminal Law unnecessarily, expanding the scope of Criminal Science too much, to the point of vulgarizing the entire criminal-legal system due to its indiscriminate use. In the foreground, it deals with the criminal policy related to free family planning, criticizing state interventionism in family matters, as in the Penal Code of 1940, highlighting the need to respect the principles of minimal intervention and proportionality before the legislator makes use of criminal interference to protect any legal object. Further on, it presents the importance of the criminal-legal good, emphasizing the family as a categorical legal object, and to monogamous marriage as a specific legal object, “damaged” when the crimes described in arts. 236 and 237 of the Penal Code. Analyzed the criminal types mentioned. He criticized the criminalization’s of a subsidiary character, subject to protection by Civil Law, which proves to be more effective than Criminal Law.*

Keywords: *Induction into Essential Error; Hide Impediment; Prior Knowledge of Impediment; Marriage; Minimal Intervention.*

Introdução

Ao longo da história, embora por inúmeras vezes se tenha observado a moldagem social adaptando-se à determinação das normas – contrariando a premissa de que deveria ser o oposto: a norma adequar-se à sociedade, uma vez

que o Direito decorre dos costumes, ou não decorre? –, mesmo que forçosamente, em nosso tempo isso deveria ser inadmissível.

Inegável que ainda restam resquícios fortíssimos desse imperialismo legal em nosso sistema jurídico, uma vez que a herança lusitana em nossa tradição patrimonialista e privatista é pontual. A supremacia do interesse capitalista, a estrita preservação e a tutela dos bens e a hegemonia da vontade dentro dos contratos são singelos reflexos que encerram ecos de legislações ainda pretéritas, como o Código Napoleônico e Código Canônico Medieval.

Todavia, do ponto de vista social, esta influência nem sempre é bem-vinda, pois a adequação forçosa da sociedade à norma afronta a espontaneidade do comportamento humano. E certamente, não há maior exemplo para tanto do que o próprio instituto do matrimônio, hoje tido como o ato profundamente humano de constituir família e que, em decorrência dos preceitos católicos, passou a ser tido como ato solene, sacral e, sob o prisma civilista, extremamente formal.

Assim, tanto a matrimônio quanto outras formas de união, hão de sempre adaptar-se ao “tipo” legal do casamento, dando ensejo a uma completa inversão de valores, pois prioriza-se uma formalidade em detrimento do homem, criminalizado por não amoldar-se a “sociedade disciplinar” da qual sempre “dependemos”, em decorrência de premissa ideológica *panóptica* - de Jeremy Bentham e, posteriormente, Michel Foucault -, onde a influência da institucionalização dos comportamentos abrange toda uma gama de regulações sociais, especialmente em relação às formações familiares, descortinando diametral oposição entre o que se faz na prática e o que se prevê nos códigos. Noutra banda, indaga-se: seria adequado defender-se a manutenção das criminalizações insculpidas nos arts. 236 e 237, do Código Penal, mesmo quando o Direito Civil tutela satisfatoriamente e de modo mais eficaz o casamento do que o Direito Penal?

É de bom alvitre lembrar da incontestabilidade da fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, especialmente em relação aos seus membros, que de tão valorosa e essencial, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais.

Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre a gravidade do fato (crimes contra a família, em especial, contra o casamento) e a gravidade da pena (criminalização das condutas de induzimento em erro essencial e ocultação de impedimento e conhecimento prévio de impedimento – arts. 236 e 237), propugna-se, neste estudo, que a tutela legal à família seja dada, mediante a descriminalização de tais delitos, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização destas,

pois as presentes cominações legais, a pretexto de salvaguardá-la, prestam-se somente a segregar e a manchar os laços frateros, uma vez que a polícia e a justiça penal pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar. Em outras palavras, questiona-se: após passar pelo crivo do processo penal relativo a um impedimento oculto, um casal, condenado, viveria melhor do que antes?

Ademais, o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal de delitos contra o casamento, indaga-se: seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da família?

Pretende-se, por assim dizer, realizar uma análise crítica dos delitos insculpidos nos arts. 236 e 237, do Código Penal, bem como demonstrar a atual desnecessidade da manutenção das aludidas criminalizações, por duas razões: a uma, não há qualquer relação de proteção com a tutela da família e do casamento; a duas, porque o Direito Civil exerce o aludido papel com maior eficiência e menor lesividade, não se justificando a intervenção penal.

Diante disso, serão apresentadas algumas soluções político-criminais, explanando-se as vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade: os limites da intervenção do Direito Penal na proteção da família. Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira, periódicos e demais documentos.

1 A família no atual Código Penal e críticas à forma de sua proteção penal

1.1 A família como bem jurídico categorial e os distintos bens jurídicos específicos que conformam a sua proteção

Em um Estado democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale a dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista

o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana¹.

Nesse contexto, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares². Por sua vez, bem jurídico é, objetivamente, o bem considerado vital, da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. O bem jurídico é “o orifício da agulha pelo qual têm que passar os valores da ação³”. Logo, nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação.

Substancialmente, o bem jurídico, tido como ponto central da estrutura do delito, constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim encontra-o, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela. Dito de outra forma, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital o bem jurídico⁴.

Assim, sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito⁵. Note-se que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo⁶. Sucintamente demonstrada a relevância do bem jurídico para o ordenamento, em especial para o Direito Penal, passa-se a analisá-lo dentro do contexto deste breve estudo, qual seja, a *família* como bem jurídico categorial.

Em razão de a tutela penal dever, impreterivelmente, ser associada ao bem

¹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 73.

² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15. Segundo a concepção dos valores ético-sociais da ação de Welzel, a ameaça penal deve contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado.

⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. L. Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d., p. 6.

⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de la Universidad, 1974, p. 21-22.

⁶ PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 21.

jurídico-penal, vale dizer, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade (*Freiheitsvermutung*) – e da dignidade da pessoa humana⁷. As normas penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos⁸.

Por isso, diz-se que o bem jurídico-penal é o elemento central do preceito contido na norma penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito, na medida em que a norma descreve uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico, justamente para propiciar a proteção de valores da vida individual ou coletiva⁹, diferentes de preceitos religiosos, convicções políticas ou morais, ou ideológicas, ou simplesmente sentimentos¹⁰.

Ainda, em 1936, Georges Ripert, assinalou a proteção dos “fracos”, como novo aspecto do regime democrático, particularizado na assistência estatal. Todos os que, por sua idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou de compreender, são, na sociedade, os mais fracos que os outros, têm direito à proteção legal¹¹. A democracia não poderia acolher o aristocrático individualismo de um Spencer¹² ou a moral feroz de um Nietzsche¹³. Quem é fraco deve ser protegido¹⁴.

E como “porto seguro” de seus membros e base da sociedade, a família recebe especial proteção do Estado, tutela esta que a erigiu ao *status* bem jurídico-penal¹⁵. Nesta esteira, conforme a organização do atual Código Penal, o legislador, utilizando-se dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais para dar nomes, ora aos títulos, ora aos capítulos por eles ocupados, quando da elaboração do Título VII da parte especial, denominou-o “Dos crimes contra a família” e, o mesmo se fez com os Capítulos I, II,

⁷ PRADO, Luiz Regis, *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 396; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1, p. 6.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 12.

¹¹ RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 26.

¹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1961, p. 112-115, leciona que a obra do filósofo inglês Herbert Spencer, *The Synthetic Philosophy*, (1896), é inseparável da ideologia do progresso, da ideia de um desenvolvimento progressivo e do evolucionismo cultural e social, que marcou o século XIX.

¹³ Friedrich Wilhelm Nietzsche, quando da elaboração de sua obra *A Genealogia da Moral* (Cf. *Zur Genealogie der Moral: Eine Streitschrift*, 1887), criticou a moral vigente a partir do estudo da origem dos princípios morais que regem o ocidente desde Sócrates (Cf. WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971, p. 70-75).

¹⁴ RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 26-27.

¹⁵ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 6.

III e IV deste título, quando lhes deu os títulos de: “Dos crimes contra o casamento”, “Dos crimes contra o estado de filiação”, “Dos crimes contra a assistência familiar” e “Dos crimes contra o pátrio poder, a tutela e curatela” respectivamente, uma vez que almejou-se com a previsão dos tipos penais locados nestes capítulos a proteção e manutenção da organização jurídico-matrimonial, consistente no princípio monogâmico, bem como, do organismo familiar, buscando assegurar o amparo e a subsistência de seus membros¹⁶.

Não questionamo-nos se seria este interesse vital digno da tutela penal, mas ao contrário, se seria ela necessária e útil para a sua proteção, uma vez que o moderno Direito das Famílias tem se mostrado extremamente eficaz na proteção e regulação das famílias.

Assim, veja-se que o bem jurídico “família”, que ora é considerado para efeito da incriminação de certos comportamentos, ou agravamento das penas aplicáveis em outros, da mesma forma serve-se para beneficiar os seus integrantes diante da clara prevalência do interesse estatal em se resguardar a família, especialmente quando confrontada com outros bens jurídicos de menor relevância¹⁷, como por exemplo, o patrimônio. Restando demonstrado que a melhor forma de se proteger a família é privando-a da ingerência penal¹⁸.

1.2 O casamento como bem jurídico-penal específico e sua regulação jurídica: conceito, formas e evolução da sua tutela legal

O instituto jurídico do casamento, herança europeia legada pelos portugueses na colonização – e que tem suas bases na formação latina do Direito ocidental, cujo desenvolvimento e estrutura devemos aos romanos – sempre foi o veículo de inserção dos casais no universo da legalidade. Traço fundamentalmente católico, o casamento foi elevado à condição de dogma religioso e de instituição jurídica tão profunda e marcante, em certos momentos, quanto o próprio Estado¹⁹.

Modernamente, porém, diante da reestruturada formação econômico-social, o casamento, paulatinamente, transforma-se. Nota-se um distanciamento, pelas novas gerações, da rigidez de conceitos, da previsibilidade da vida em comum, do formalismo e das responsabilidades legais. Assim, diante das crescentes modificações, o

¹⁶ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *O Novo Direito Penal das Famílias*. Leme: EDIJUR, 2015, p. 79.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁸ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁹ CARVALHO, Dimetri Braga Soares. *Direito de Família e Direitos Humanos*. Leme: EDIJUR, 2012, p. 69.

casamento tende a ter sua força mitigada em face da sociedade, dando ensejo às uniões paralelas, modalidades alternativas, e o casamento, como viga mestra da estrutura familiar, redesenha-se para corresponder às expectativas dos novos casais²⁰.

Nesse passo, incumbe ao Direito, especialmente ao Direito Penal, conceber os bens jurídicos “família” e “casamento” afastando-se do positivismo dogmático, na mesma medida em que devem aproximar-se da realidade fática do meio social. Pois, apesar de tais valores advirem da religião e também, como nos demonstra a história, por interesses econômicos, incumbe à moderna Ciência do Direito tratar da família e do casamento, esvaziando-se da confusão Estado-religião e crime-pecado, buscando, ao contrário, uma caracterização mais sincera e palpitante da família moderna²¹.

Ademais disso, o casamento civil, assim como o Estado, é criação do homem para o homem, que o fez para regulamentar o convívio social e harmônico, para permitir a formalização legal do matrimônio religioso preexistente, dando-lhe publicidade, fé pública. Logo, constata-se que, quando se criminaliza a bigamia, por exemplo, não se está a proteger o “casamento” como se observa pela sistematização do Código Penal (Título VII, Capítulo I – Dos crimes contra o casamento), mas a “fé pública”, pois se trata de uma fraude, de um engodo, ao sistema de registros públicos, de um atentado à certeza das relações jurídicas²², substituindo-se o verdadeiro pelo não verdadeiro.

Quanto ao casamento, que para alguns é apenas um contrato solene²³, ou ainda para outros, uma instituição²⁴ em razão da necessidade do reconhecimento de autoridade competente para sua realização, o ideal seria sim manter sua proteção, porém, através da tutela cível, do Direito de Família, sem a intervenção penal, que já realiza a salvaguarda da fé pública.

Nessa esteira, importa-nos relembrar duas notáveis definições de matrimônio deixadas pelos romanos. Uma, dada por Modestino (D. 23, 2, fr. 1), em quem o casamento seria a união do homem e da mulher para a partilha de vida: a comunicação do

²⁰ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 83.

²¹ O Direito é um contínuo e permanente acumular de experiências. Código algum pode surgir do nada, havendo a necessidade de um profundo substrato estrutural para a codificação, de um conjunto de leis anterior, de maturidade para a tarefa, bem como técnicos capazes de captar as necessidades jurídicas de seu tempo (BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61).

²² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 109-110.

²³ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I, v. II. Buenos Aires: Bosch, 1952, p. 15; BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 40.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35; WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 410.

divino e do direito humano²⁵. Outra, contida nas Instituições de Justiniano (1, 9, §1.º), fala assim: o casamento ou a união de um homem e uma mulher é como um recipiente personalizado por uma vida indivisível²⁶.

Há, indubitavelmente, nessas definições, algo de elevado e nobre, capaz de bem traduzir a santidade dos sentimentos, que devem existir entre os que se conjugam pelo matrimônio, alguma coisa que vibra, como se fossem dísticos solenes de poema antigo. Mas falta-lhes rigor científico para serem mantidas. Não é somente para completar a vida dos cônjuges e legalizar as relações que existe o casamento; é também para proteger a débil existência da prole, que dele há de surgir, a qual exige desvelos assíduos e prolongados de seus progenitores, a qual sucumbiria em sua fragilidade, se o amor materno não fosse um verdadeiro culto²⁷.

Sob essa perspectiva, romântica, porém em desacordo com a atual realidade, Beviláqua define casamento como um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer. E assevera ainda, o autor do *Códex* de 1916, que por ter a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, por ter o cristianismo elevado este ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato²⁸.

Se de fato, o casamento for tido como um contrato, será mais solene do que qualquer outro, pois envolve a mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada. Terá, por isso, efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres²⁹.

O que importa, independentemente de como isso se dê – seja em decorrência de uma “casamento-contrato” ou de uma união de fato –, é a constituição da família³⁰, que em Hegel é tida como a substancialidade imediata do espírito, determinando-se pela sensibilidade de que é uma, pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não

²⁵ “Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio” (MODESTINO, Herenio *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 45).

²⁶ “Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunction, individuum vitae consuetudinem continens” (JUNIOR, José Cretella. *Institutas do Imperador Justiniano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76).

²⁷ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 84.

²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 46

²⁹ *Ibidem*, p. 47.

³⁰ MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil, t. I*. Paris: Montchrestien, 1955, p. 711.

como pessoa para si³¹.

Durante o período em que a economia doméstica concentrava-se no meio rural, a família possuía maior amplitude, abrangendo um número maior de integrantes nas linhas retas e colateral, o que foi sendo reduzido paulatinamente com a migração para os centros urbanos na busca de emprego na indústria, em franca expansão, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, ao mesmo tempo em que se estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus³².

Ao tempo do Código Civil de 1916, a família brasileira era essencialmente matrimonializada, só existindo em decorrência do casamento válido e eficaz, sendo marginalizadas as demais constituições de arranjos familiares que divergissem. Tal paradigma foi alterado a partir da Constituição de 1988, que abriu o leque de padrões distintos de estruturas familiares, passando a admitir e a proteger estruturas familiares decorrentes da união estável e à família monocrática, pois o vínculo matrimonial deixou de ser o único fundamento da família legítima, expandindo-se a fim de se adequar às novas necessidades humanas³³.

Nesse contexto, nos termos do art. 226, da Constituição, a entidade familiar amparada pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável (§ 3º) e da monoparentalidade (§ 4º), assegurando ainda o livre planejamento familiar do casal.

A grande problemática decorre do fato de a Lei Maior permitir o livre planejamento e, simultaneamente, restringi-lo à expressão “casal”, que remeto-nos à união composta de um homem e uma mulher, o que retrata um grave retrocesso, um paradoxo ao progresso atingido pelo Direito das Famílias³⁴, um fator legal que não pode ser considerado apto a limitar o avanço da tutela dos anseios da humanidade, devendo ser salvaguardada, a dignidade da pessoa humana e, respeitado o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos integrantes da família e, em especial, da instituição familiar, independente de qual seja sua constituição.

Temos, portanto, que a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução, sob o prisma jurídico atual, cedeu lugar para uma família pluralizada,

³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 149-150.

³² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *La sagrada familia: o critica de la critica critica*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1973, p. 217.

³³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de familia*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28.

³⁴ ENNECCERUS, Ludwig; THEODOR, Kipp; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, t. 4. Barcelona: Bosch, 1979, p. 11; MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Op. cit.*, p. 711; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, p. 15; BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 40.

democrática, igualitária, hetero ou homo parental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e no caráter instrumental³⁵.

Considerando que o nosso ordenamento jurídico se construiu pautado sob os ideais libertários do período iluminista e, em especial, da dignidade da pessoa humana, concebendo-se o “homem” como o centro do universo, criador do Estado e do Direito, que existem tão somente para regular o convívio humano, o qual deverá, naturalmente, por via consuetudinária, ditar o ritmo da evolução e reconstrução do ordenamento jurídico, de acordo com suas necessidades e anseios.

Sendo, portanto, inadmissível, a prevalência do “procedimentalismo” exacerbado que limita aplicação do Direito, restringindo o reconhecimento da instituição familiar somente às hipóteses previstas na Constituição, posto que não é alcançável pelo “homem-legislador” a regulamentação e delimitação de todas as modalidades familiares possíveis de serem criadas, o que depende muito do meio social, do contexto histórico, das necessidades econômicas, afetivas, materiais e morais de cada ser humano em face de seu clã fraterno. De tudo isso, tem o moderno Direito das Famílias se ocupado, buscando atender da melhor forma possível os interesses humanos, despidido do caráter punitivo e do estigma pertencentes à ingerência penal, que nesta esfera não deve intervir. Pelo menos, não a pretexto de proteger a família de seus próprios membros³⁶.

2. Induzimento em erro essencial e ocultação de impedimento: uma análise crítica do art. 236 do código penal

A figura do artigo 236, do Código Penal, incrimina aquele que dá causa à realização de casamento nulo ou anulável, podendo produzir graves consequências na vida em comum, pois o matrimônio produz efeitos importantes na existência familiar, tais como a criação da prole, a participação nos bens econômicos e outros aspectos que a vida em meio à sociedade cria.

Motivos pelos quais a lei procura zelar pela regular constituição da família, não só pela lei civil, mas também através da seara penal, tratando da conduta de contrair

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

³⁶ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Delito de bigamia e intervenção mínima: o casamento é, ainda, um bem jurídico-penal? *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília. v. 2. n. 1, p. 556-571, jan-jun. 2016., p. 565. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/901/pdf>. Acesso em: 09 maio 2025.

casamento, induzindo em *erro essencial*³⁷ o outro contraente, ou ocultando-lhe *impedimento*³⁸ que não seja *casamento anterior*³⁹, apenando-a com detenção de seis meses a dois anos, caracterizando infração penal de menor potencial ofensivo.

No Direito alemão, no artigo 170, do Código Penal, denomina-se *casamento por captação*, ou ainda, *burla matrimonial*, que existe no Direito austríaco de 1787 e no *Allgemeines Landrecht* prussiano, em seu artigo 1.068⁴⁰, bem como em muitos Códigos territoriais, mas não no Código prussiano de 1851. Aproxima-se, na Alemanha, da ofensa ao estado civil em que tem por fim criar um estado civil não correspondente à ordem jurídica⁴¹.

Já no Brasil, tendo em vista o presente delito não ter sido abordado pelas legislações pretéritas, o legislador brasileiro inspirou-se, como de costume, no Código Penal italiano⁴², de 1930 (art. 558⁴³), onde foi buscá-lo o Projeto Alcântara Machado (art. 229). Até então, tal criminalização não integrava nossa legislação e nem a italiana, já que o Código Zanardelli, de 1890⁴⁴, também dele não cogitava. Constituiu, portanto, inovação incorporada ao ordenamento jurídico penal pátrio pelo Código

³⁷ Art. 1.557. Considera-se *erro essencial* sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado (*grifou-se*).

³⁸ O art. 1.521, do Código Civil trata dos *impedimentos* ao matrimônio dispondo que: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte” (*grifou-se*).

³⁹ Apesar de o “casamento anterior” também configurar impedimento ao matrimônio previsto no inciso VI, do artigo 1521, do Código Civil, ele dá ensejo à realização de tipo penal específico, insculpido no artigo 235, do Código Penal, de *nomem iuris* bigamia.

⁴⁰ *Allgemeines Landrecht* foi o Código Civil prussiano, que traduzido significa “Lei Geral de Terras”, promulgado em 1794, durante o reinado de Frederico II, “o grande”, da Dinastia *Hohenzollern*.

⁴¹ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 136.

⁴² O Código Penais norueguês (arts. 220 e 221) também possui dispositivo similar.

⁴³ Art. 558 – “ocultar, com meios fraudulentos, ao outro cônjuge, a existência de impedimento que não seja aquele resultante de um matrimônio precedente”.

⁴⁴ Giuseppe Zanardelli (1826-1903) italiano que chegou a ocupar o cargo de Primeiro Ministro da Itália de 1901 a 1903. Mas ainda como Ministro da Justiça, iniciou uma reforma do sistema judicial e aprovou o primeiro Código Penal da Itália unida, considerado um dos mais liberais e avançados à época. O Código Zanardelli foi apresentado à Câmara dos Deputados em novembro de 1887, publicada em 22 de novembro de 1888, promulgada em 30 de junho de 1889 e entrou em vigor 1 de janeiro de 1890. Entre outras coisas, a sua iniciativa levou à abolição da pena de morte.

Penal em vigor (1940). Inovação esta que foi mantida pelo malsinado Código de 1969 (art. 260) e pelo Anteprojeto de 1984 (art. 249). Todavia, desapareceu no Anteprojeto atual, que não prevê em sua parte especial infração penal semelhante⁴⁵.

Como bem jurídico-penal, o legislador brasileiro almejou tutelar-se a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial, reprimindo a fraude na constituição irregular da casta, a pretexto de ser o interesse superior do Estado em preservar a sociedade conjugal. E isso porque, como já dito, do matrimônio derivam significativos efeitos (v.g. vida em comum, filhos, participação nos bens, entre outros), exigindo-se assim que sua realização atenda aos preceitos legais⁴⁶.

Decorrem do casamento, inúmeras consequências que se projetam no meio social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges⁴⁷ e, inclusive, nas relações patrimoniais e pessoais entre pais e filhos, dando ensejo ao surgimento de direitos e deveres recíprocos. Esses efeitos podem ser de ordem *social* - tais como a constituição da família legítima, o estabelecimento de vínculos por afinidade entre os cônjuges e os parentes do outro, possível emancipação do cônjuge quando menor -, *pessoal* - são direitos e deveres próprios dos cônjuges e dos pais em relação aos filhos - ou *patrimoniais* - dever de sustento da família, obrigação alimentar, fixação do termo inicial da vigência do regime de bens, atribuição do direito sucessório ao cônjuge sobrevivente etc⁴⁸. Consequências estas que se veem afetadas com a nulificação do matrimônio realizado com esses laivos. É evidente que, na atualidade, tal aspecto possui bem menos significação que à época de advento do Código Penal (1940).

Tal enunciação, todavia, confunde os motivos da incriminação penal com o verdadeiro objetivo da tutela⁴⁹, dito de outro modo, a *ratio legis* do tipo penal⁵⁰ não

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 933; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 774; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 545.

⁴⁶ Neste sentido: MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 650; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 493; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 934; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 545; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1038; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 666.

⁴⁷ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 934.

⁴⁹ FRISOLI, F. Paolo. *Op. cit.*, p. 50

⁵⁰ Importante diferenciar a *ratio legis* da norma do bem jurídico por ela tutelado, uma vez que, o bem jurídico desenvolve um importante papel na interpretação dos tipos penais, cujo sentido e alcance estão, em grande parte, condicionados pela finalidade de proteção de um determinado bem jurídico. Sem embargo, o bem jurídico e a *ratio legis* (finalidade objetiva da norma), não são critérios idênticos nem absolutamente coincidentes, pois nem sempre a proteção outorgada pelo legislador a um determinado bem

pode justificar a criminalização de condutas, uma vez que vigora no Direito Penal o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e assim, não há como se admitir tipos penais para motivos outros que não a proteção dos mais importantes valores presentes na sociedade em um dado momento histórico⁵¹.

Diferentemente do que defende a doutrina majoritária, o bem jurídico “protegido”, no crime de indução desleal ao matrimônio, é fornecido, como na bigamia, pelo *status* do cônjuge inocente. Em verdade, este delito não pretende dissolver um estado conjugal preexistente, mas impedir um estado conjugal viciado e caduco, em razão do impedimento ocultado. Sob esse aspecto, o tipo representaria mais uma espécie de fraude qualificada⁵², um estelionato matrimonial⁵³, por isso tal criminalização é desnecessária, uma vez que protege-se, verdadeiramente, o bem jurídico-penal (*status* do cônjuge lesado) pelos delitos de estelionato (art. 171, do Código Penal) - quando o interesse do cônjuge trapaceiro for patrimonial -, ou de posse sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal) – quando o fim do embusteiro for de ordem sexual. Fora isso, poder-se-ia prescindir a intervenção penal, que lembre-se, deve ser sempre a *ultima ratio*.

A ordem familiar em geral ou a ordem matrimonial em particular são indiretamente atingidas, com a celebração de um matrimônio viciado ou anulável. Mas a conduta do agente não visa atingir o matrimônio, nem a família⁵⁴. Poder-se-ia dizer, de certo modo, que a ação é até a favor do matrimônio, embora em sentido anômalo. Talvez isso explique o motivo de a punibilidade do fato estar condicionada à anulação do casamento contraído em razão⁵⁵.

O sujeito ativo do “estelionato matrimonial” pode ser qualquer pessoa, homem

constitui a finalidade última que persegue o ordenamento ao outorgá-la. Assim, é possível que ao proteger determinado bem jurídico, o legislador persiga a obtenção de determinados resultados, mais ou menos relacionados com ele. As razões motivadoras da incriminação de uma conduta como delito não são, necessariamente, coincidentes com o bem jurídico, nem tampouco o são as causas político-criminais levadas em conta pelo legislador. Podem, certamente, vir depois dele e conferir-lhe seus últimos detalhes, mas não devem ser confundidos com o bem jurídico, pois este perderia sua certeza e concreção, é dizer, sua utilidade. Portanto, a *ratio legis* pode ser ou não complementada desde a previsão legislativa, enquanto o bem jurídico sempre resultará lesionado, ou ao menos, posto em perigo pela realização do delito, e esta exigência, por seu rigor lógico, afasta toda possibilidade de diminuir a importância de sua função interpretativa em favor da *ratio legis* (CARVALHO, Gisele Mendes. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 67-68).

⁵¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102, lecionam que: a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.

⁵² MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 650; FRISOLI, F. Paolo. *Op. cit.*, p. 50.

⁵³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 774.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁵ PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 494; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 774.

ou mulher, desde que solteira - pois se casada for, o crime, em tese, poderá ser o de bigamia -, uma vez que qualquer dos cônjuges pode induzir em erro essencial o outro contraente, ou ocultar-lhe o impedimento existente (que não seja casamento anterior), tratando-se de crime comum. É, portanto, delito unissubjetivo (ou monossubjetivo), embora seja necessária a participação material do outro sujeito com o qual se contrai o matrimônio, lembrando-se que o cônjuge enganado apresenta-se como vítima do engano⁵⁶, “criando uma situação que se poderia estimar como um estelionato sexual⁵⁷”.

Segundo parte considerável da doutrina nacional⁵⁸ são sujeitos passivos o Estado e, em particular, o contraente de boa-fé. Não convence o presente entendimento, uma vez que ninguém tem mais interesse na legitimidade da celebração do casamento do que o próprio indivíduo que o contrai, sendo este o verdadeiro sujeito passivo, vítima de um processo de persuasão que o leva a um matrimônio nulo ou anulável⁵⁹.

Lembre-se que, formalmente, o Estado será sempre o sujeito passivo, como titular do ordenamento jurídico que ele próprio constrói. Mas posicioná-lo aqui como sujeito passivo prioritário, parece-nos uma interpretação eivada de autoritarismo, próprio de uma legislação nascida em período de exceção⁶⁰. Num Estado de Direito como é o nosso, onde se cria uma legislação penal liberal, tudo isso soa incompreensível. Ademais, em abono ao que já foi dito, o próprio Estado impõe a ação penal privada personalíssima para dar cabo à persecução penal.

Além disso, o Estado tem sempre o interesse em preservar a ordem pública, as instituições e a ordem jurídica, e tal interesse geral, quando violado, coloca-o, no

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 101-102; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 307; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 545; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 934; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 494; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 226; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1038; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 666.

⁵⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 545. Note-se que o crime de indução desleal ao matrimônio, descrito no artigo 236, do Código Penal, quando cometido com a finalidade de se praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso poderá, em tese, configurar o delito de posse sexual mediante fraude, insculpido no artigo 215, do Código Penal, que pune com reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos aquele que tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

⁵⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 307; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 102; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 628; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 934; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 667; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1035.

⁵⁹ Nesse sentido: COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 546.

⁶⁰ Lembre-se que, conforme mencionou-se outrora, o dispositivo penal em estudo foi importado do Código Penal italiano de 1930, art. 558, elaborado durante o governo fascista de Benito Mussolini, pelo Ministro da Justiça Alfredo Rocco, com a considerável colaboração do jurista Vincenzo Manzini.

máximo, como sujeito passivo secundário, mas nunca primário⁶¹.⁶².

Não pode ser considerado como sujeito passivo o Estado porque, sendo o ente tutelar, é o denominador comum na tutela de todos os crimes. Tampouco a família não poderá ser considerada como sujeito passivo do delito, embora possa, inegavelmente, ser ofendida pela conduta. Essa família, que empresta o nome ao Título VII, do Código Penal, é o bem jurídico categorial da tutela penal, é o objeto comum, e não o sujeito passivo, nem também, o objeto jurídico específico da singular incriminação, que é o casamento. Não se venha, outrossim, pretender afirmar que os sujeitos passivos são todos os membros integrantes da família, mas somente o cônjuge que contrai o matrimônio nulo ou anulável⁶³.

Pode ocorrer uma situação inusitada, quando, por exemplo, ambos os contraentes estiverem se enganando reciprocamente. Neste caso, teremos dois crimes autônomos e não um crime subjetivo, e tampouco estará configurado o concurso eventual de pessoas, em razão da ausência do vínculo subjetivo na fraude⁶⁴.

A conduta descrita no artigo 236, do Código Penal, consiste em contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior. Trata-se, pois, de tipo penal *autônomo* (pois não deriva de nenhum outro). Veja-se que duas são as ações incriminadas: 1) o agente induz o sujeito passivo em erro essencial, levando-o ao matrimônio; 2) o sujeito ativo oculta impedimento, que não seja o casamento anterior, logrando em razão disso a realização do matrimônio. Observa-se que em ambos os casos a vítima é conduzida por expediente enganoso⁶⁵.

Induzir é persuadir, convencer o outro contraente a casar-se, mantendo-o em erro essencial, o que pressupõe um *facere* por parte do agente⁶⁶. Destarte, induz-se o sujeito passivo em *erro essencial* quando há engano quanto às qualidades do outro cônjuge, cuja realidade possibilita a anulação do casamento. É o erro concernente à

⁶¹ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 222-223; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771-772.

⁶² Ao se admitir a colocação do Estado como vítima primeira do presente delito, estar-se-ia publicizando demais um instituto predominantemente do Direito Privado, subvertendo a razão de sua criação. Esta é também a interpretação que decorre da presente criminalização, onde o Estado, equivocadamente, vale-se da ingerência penal para tratar de um ato jurídico do Direito de Família, mais especificamente de um contrato entre particulares. Ademais disso, tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato (BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 46).

⁶³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775.

⁶⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 307; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775.

⁶⁵ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 113.

⁶⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775.

pessoa do outro contraente, ou sobre as qualidades essenciais, avaliadas segundo as práticas sociais contemporâneas⁶⁷. Trata-se de conceito do Direito Civil, o qual irá complementar o tipo penal estudado, que é norma penal em branco (homogênea ou em sentido amplo)⁶⁸.

Nos termos do artigo 1.556, do Código Civil, é anulável o casamento se houve, por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro⁶⁹. E o mesmo diploma legal, no artigo seguinte (art. 1.557) enumera taxativamente as modalidades de erro essencial⁷⁰:

I - o que diz respeito à identidade do outro cônjuge (física ou civil), sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Pode-se exemplificar com uma mulher respeitável que se casa com um explorador sexual⁷¹ (proxeneta), ou ainda quando o agente se faz passar por um nobre milionário, não passando de um parasita social⁷². Observe-se que a doutrina tem até dificuldades em exemplificar a realização da conduta, tamanha a desatualização cultural, pois tal criminalização não condiz com a atual realidade.

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal. Saliente-se que não se admite a condenação por simples contravenção penal.

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. São exemplos de defeito físico irremediável a impotência instrumental *coeundi*, representada pelo *infantilismo* absoluto no homem e a interceptação inamovível da vagina da mulher, inclusive pela providência cirúrgica. Quanto às moléstias graves e transmissíveis, apontam-se a título de

⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 546; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 934.

⁶⁸ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 38, leciona que “norma penal em branco é aquela que determina a sanção aplicável, descrevendo tão somente parcialmente o tipo delitivo correspondente e confiando a determinação da conduta punível ou seu resultado a outra norma jurídica à qual reenvia expressa ou tacitamente”.

⁶⁹ Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

⁷⁰ Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

⁷¹ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 546.

⁷² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775.

exemplo a sífilis, a tuberculose, a AIDS, a esquizofrenia, a hemofilia e outras mais capazes de colocar em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência⁷³.

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Havia ainda, no Código Civil de 1916, outro inciso que considerava erro essencial o do marido que casava-se com mulher já deflorada, ignorando tal situação. Verdadeiro absurdo! Primeiramente destaca-se que, se o cônjuge tem seu matrimônio anulado por alguma doença mental, ou por um defeito físico irremediável, a última providência de que ele necessita é uma responsabilização criminal, que nada terá a contribuir com a sociedade e, menos ainda, com o “criminoso” (rotulado)⁷⁴, que somente terá mais um problema.

Já em relação aos incisos I e II, do artigo 1.557, do Código Civil, não há qualquer problema em se permitir a anulação do casamento pela ausência de honra, de boa fama, ou pelo cometimento de crime anterior que torne insustentável o convívio familiar. Mais ainda, talvez seja até favorável à família que isso ocorra. O problema deflora quando trazemos estes conceitos para o Direito Penal, ou melhor, para complementar uma norma penal em branco, onde vigoram os princípios do *ne bis in idem* e da presunção de não culpa, pois temos um Direito Penal do fato, e não do autor, o que proíbe-nos de levar em conta, para uma condenação criminal, a honra e a boa fama do acusado, que deverá ser responsabilizado somente pelo que fez, e não pelo que é⁷⁵!

A segunda modalidade delituosa constante no artigo 236 rege-se pelo verbo ocultar, que significa esconder, sonegar, não revelar, dissimular, calar, encobrir impedimento. Consiste em ocultar ao outro contraente *impedimento* que não seja casamento anterior (art. 1.521, VI, CC) senão o crime seria o de bigamia. “*Impedimento* é todo obstáculo que a lei estabelece para a celebração do casamento, tornando-o

⁷³ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 934; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 546.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 85-96, sobre “Labeling Approach”; BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 11; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 179.

⁷⁵ Se isso fosse possível, a pena não seria graduada pela culpabilidade - enquanto grau de reprovabilidade da conduta -, mas pela periculosidade do agente. Justifica-se, com isso, penas de longa duração para fatos de pouca gravidade, uma vez demonstrado que o indivíduo é perigoso. Essa fase teve seu apogeu durante a Segunda Guerra Mundial, quando influenciou consideravelmente a legislação criminal da Alemanha nesse período - Nazismo (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241).

nulo⁷⁶”, “é a ausência de requisito necessário para o casamento⁷⁷”. Os impedimentos são encontrados no artigo 1.521, do Código Civil, não podendo casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Os impedimentos matrimoniais podem ser classificados como:

Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos: objetivam preservar o interesse público. Compreendem causas relativas à instituição familiar e à estabilidade social, podendo ser arguidos por qualquer interessado e pelo Ministério Público, acarretando a nulidade do casamento⁷⁸. Abarcam:

1) Impedimentos resultantes de parentesco: por consanguinidade (art. 1.521, I e IV, CC), afinidade (art. 1.521, II, CC) e adoção (art. 1.521, I, III e V, CC);

2) Impedimentos de vínculo (art. 1.521, VI, CC), não englobados pelo artigo 236, do Código Penal;

3) Impedimento de crime: o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (art. 1.521, VII, CC).

Impedimentos dirimentes privados ou relativos: instituídos no interesse de um dos nubentes, com o propósito de proteger a livre manifestação de seu consentimento. São oponíveis pelo cônjuge prejudicado ou ascendente, e sua violação enseja a anulação do vínculo matrimonial⁷⁹. Englobam a ausência de consentimento do pai, tutor ou curador, quando exigido; a menoridade; o vício da vontade; o incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; o realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo

⁷⁶ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 6, p. 147.

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 935.

⁷⁸ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: II - por infringência de impedimento. Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

⁷⁹ Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

coabitação entre os cônjuges; e por incompetência da autoridade celebrante⁸⁰.

3) *Impedimentos impeditivos, suspensivos ou proibitivos*: proíbem o casamento, mas não acarretam sua invalidação, de modo que sua ocultação não é apta a configurar o delito tipificado no artigo 236, do Código Penal⁸¹.

Apesar de nossa legislação não fazer referência expressa exigindo que a ocultação se dê por meio fraudulento⁸², prevalece o entendimento de que, o emprego das condutas *induzir* e *ocultar*, pela natureza das ações, intui o uso de meio fraudulento que lhe é implícito, tornando desnecessária tal referência. Há fraude quando a outra parte não contrairia o casamento, como o agente sabe, se tivesse notícia do impedimento e, portanto, quando a ignorância de uma das partes é utilizada pela outra, provindo o engano da suposição, supressão ou alteração de fatos⁸³. A ideia de fraude corresponde, pois à de artifício ou de ardil⁸⁴.

Além disso, em relação à *ocultação*, exige-se que se faça por um agir, uma

⁸⁰ Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

⁸¹ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

⁸² O Código Penal italiano, do qual importamos o presente dispositivo, exige expressamente que a ocultação se dê por meio fraudulento. Art. 558 - “ocultar, com meios fraudulentos, ao outro cônjuge, a existência de impedimento que não seja aquele resultante de um matrimônio precedente” (*grifou-se*).

⁸³ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 136.

⁸⁴ *Artifício* é a fraude material, representada pelo emprego de algum objeto (exemplo: documento falso), instrumento ou vestimenta, enquanto *ardil* é a fraude moral ou intelectual, consistente na conversa enganosa, na astúcia, sutileza, mentira (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, v. 2, p. 70; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, v. 2, p. 287; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, v. 2, p. 384).

conduta comissiva⁸⁵. Dessa forma, é indispensável que o delito se realize através do exercício de uma atividade finalística conscientemente dirigida ao fim de ocultar o impedimento ao matrimônio. Assim, por exemplo, se através de certidão de nascimento pudesse o outro contraente reconhecer o parentesco, mas o agente, no lugar da certidão, anexou prova de idade equivalente, buscando esconder o parentesco, caracterizado estará o ocultamento⁸⁶. Por sua vez, “o mero silêncio ou a ocultação fraudulenta por omissão não são suficientes para a caracterização do delito em apreço⁸⁷”.

Na hipótese de ambos os contraentes conhecerem a existência de impedimento absoluto anterior (art. 1.521, CC), ter-se-á a caracterização do delito insculpido no artigo 237, do Código Penal⁸⁸. Da mesma forma, se pune quem, sabendo de sua existência anterior, casa-se, inconsciente o outro contraente - pois se soubesse também praticaria o crime -, levando-se em conta a conduta simplesmente omissiva, o mero silêncio do agente. Ora, se o mesmo comportamento fosse acolhido pelo artigo 236, do Código Penal, teríamos o ilogismo de punir mais quem ocultasse um impedimento relativo ou privado⁸⁹.

Não há modalidade culposa, sendo o tipo subjetivo do delito de indução desleal ao matrimônio punido somente a título de dolo (genérico), não reclamando qualquer elemento subjetivo especial⁹⁰. O dolo, aqui, é a simples consciência e vontade de praticar a conduta incriminada, ou seja, de contrair o matrimônio, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja o casamento anterior⁹¹.

Consuma-se o crime com a efetiva celebração do casamento, isto é, no

⁸⁵ Neste sentido: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de, *Op. cit.*, p. 331; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227; FARIA, Bento de. *Op. cit.*, p. 157; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 101; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 10; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 628; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 308-309.

⁸⁶ LACERDA, Romão Cortes de, *Op. cit.*, p. 331; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936. Em sentido contrário, Vicente Sabino Júnior entende que “a nossa legislação não exige que a ocultação do impedimento seja fraudulenta, parecendo satisfazer-se com a simples ocultação do fato impeditivo” (SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal, parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1967, v. 4, p. 1066).

⁸⁸ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁸⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, 309.

⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227.

⁹¹ Diferentemente, o artigo 218 do Código Penal espanhol exige para a configuração o delito, um elemento subjetivo específico, qual seja, a intenção de prejudicar o outro contraente, permitindo-se, ainda, uma isenção de pena em caso de convalidação posterior do matrimônio: “Art. 218. 1 “Aquele que, para prejudicar o outro contraente, celebrar matrimônio inválido será punido com pena de prisão de seis meses a dois anos. 2. O responsável será isento de pena se o matrimônio for posteriormente convalidado”.

momento em que se realiza o matrimônio. A tentativa é juridicamente impossível em decorrência da condição de processabilidade prevista no parágrafo único, do art. 236, do Código Penal⁹², que é condição indispensável ao exercício da ação penal, exigida pela lei para que se possa validamente instaurar a relação jurídica processual, não interferindo na consumação do delito e nem na sua punibilidade⁹³.

A ação penal é privada personalíssima, porque somente contraente enganado poderá promovê-la, depois do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento por erro essencial ou impedimento (art. 236, parágrafo único⁹⁴). O prazo decadencial é de seis meses, e começa a ser contado da data do trânsito em julgado da sentença cível, quando também inicia-se o lapso prescricional⁹⁵.

A competência para processar e julgar o presente delito é dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61, da Lei n.º 9.099/1995, tendo em vista tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo, pois a pena cominada é de detenção, de seis meses a dois anos⁹⁶.

3. Conhecimento prévio de impedimento: uma análise crítica do art. 237 do Código Penal

O crime do artigo 237, do Código Penal⁹⁷, incrimina aquele que dá causa à

⁹² Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

⁹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 3, p. 326; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 101; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 628. Diferentemente, há quem defenda tratar-se de condição objetiva de punibilidade, admitindo-se o início da ação penal independentemente do trânsito em julgado da sentença anulatória. Entre eles: LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 136; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 309; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de, *Op. cit.*, p. 333; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 494; MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 663; FARIA, Bento de. *Op. cit.*, p. 158; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 776.

⁹⁴ Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

⁹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 936.

⁹⁶ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁹⁷ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

realização de casamento nulo, podendo produzir graves consequências na vida em comum, pois o matrimônio produz efeitos importantes na existência familiar, tais como a criação da prole, a participação nos bens econômicos e outros aspectos que a vida em meio à sociedade cria.

Motivos pelos quais a lei procura zelar pela regular constituição da família, não só pela lei civil, mas também através da seara penal, tratando da conduta de contrair casamento, conhecendo a existência de *impedimento*⁹⁸ que lhe cause nulidade absoluta que não seja *casamento anterior*⁹⁹, apenando-a com detenção de três meses a um ano, caracterizando infração penal de menor potencial ofensivo.

Trata-se de inovação incorporada ao ordenamento jurídico penal pátrio pelo Código Penal em vigor (1940), uma vez que não constava da nossa legislação pretérita. Inovação esta que foi mantida pelo malsinado Código de 1969 (art. 261) e pelo Anteprojeto de 1984 (art. 250). Todavia, desapareceu no Anteprojeto atual, que não prevê em sua parte especial infração penal semelhante¹⁰⁰. Não há, outrossim, qualquer precedente jurisprudencial, o que está a indicar que se trata de mais um *crime de mol-dura*¹⁰¹, que somente engrossou o Código Penal vigente.

O legislador, segundo Fragoso, agiu mal na formulação do artigo 237, pois talvez fosse preferível inserir o tipo num parágrafo do artigo 236¹⁰². Semelhantemente, Romão Côrtes de Lacerda afirma que “o crime do artigo 237 é, pela lei, elemento constitutivo do de bigamia¹⁰³”.

Como bem jurídico-penal, o legislador brasileiro pretendeu salvaguardar a regular formação da família, desejando impedir a celebração de matrimônio nulo, a pretexto de ser o interesse superior do Estado em preservar a sociedade conjugal. E isso porque, como já dito, do matrimônio derivam significativos efeitos (v.g. vida em

⁹⁸ O art. 1.521, do Código Civil trata dos impedimentos ao matrimônio dispondo que: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

⁹⁹ Apesar de o “casamento anterior” também configurar impedimento ao matrimônio previsto no inciso VI, do artigo 1521, do Código Civil, ele dá ensejo à realização de tipo penal específico, insculpido no artigo 235, do Código Penal, de *nomem iuris* bigamia.

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 938; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 776; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547.

¹⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547.

¹⁰² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 101. Neste sentido, COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 776, leciona que “a norma do artigo 237, do Código Penal, é subsidiária com relação à anterior, pois a ocultação aqui apresenta-se mais como elemento constitutivo do crime, bastando que o agente conhecesse o impedimento quando se casou para o aperfeiçoamento do delito”.

¹⁰³ LACERDA, Romão Cortes de, *Op. cit.*, p. 336.

comum, filhos, participação nos bens, entre outros), exigindo-se assim que sua realização atenda aos preceitos legais¹⁰⁴.

Decorrem do casamento, inúmeras consequências que se projetam no meio social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges¹⁰⁵ e, inclusive, nas relações patrimoniais e pessoais entre pais e filhos, dando ensejo ao surgimento de direitos e deveres recíprocos. Esses efeitos podem ser de ordem *social* - tais como a constituição da família legítima, o estabelecimento de vínculos por afinidade entre os cônjuges e os parentes do outro, possível emancipação do cônjuge quando menor -, *pessoal* - são direitos e deveres próprios dos cônjuges e dos pais em relação aos filhos - ou *patrimoniais* - dever de sustento da família, obrigação alimentar, fixação do termo inicial da vigência do regime de bens, atribuição do direito sucessório ao cônjuge sobrevivente etc¹⁰⁶. Consequências estas que se veem afetadas com a nulificação do matrimônio realizado com esses laivos¹⁰⁷.

Na atualidade, tal aspecto possui bem menos significação que à época de advento do Código Penal (1940). Além disso, dispositivos como este perderam parte de sua importância a partir do momento em que a própria Constituição não apenas reconhece, como equiparou ao casamento toda sorte de uniões interpessoais¹⁰⁸.

Tal enunciação, todavia, confunde os motivos da incriminação penal com o verdadeiro objetivo da tutela¹⁰⁹, dito de outro modo, a *ratio legis* do tipo penal não pode justificar a criminalização de condutas, uma vez que vigora no Direito Penal o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e assim, não há como se admitir tipos penais para motivos outros que não a proteção dos mais importantes valores presentes na sociedade em um dado momento histórico¹¹⁰.

Diferentemente do que defende a doutrina majoritária, o bem jurídico “protegido”, no crime de conhecimento prévio de impedimento, é fornecido, como na

¹⁰⁴ Neste sentido: MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 655; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 496; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 938; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 10340; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 669.

¹⁰⁵ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 934.

¹⁰⁷ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 229.

¹⁰⁹ FRISOLI, F. Paolo. *Op. cit.*, p. 50

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102, lecionam que: a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares.

bigamia e na indução desleal ao matrimônio, pelo *status* do cônjuge inocente. Em verdade, este delito não pretende dissolver um estado conjugal preexistente, mas impedir um estado conjugal nulo, em razão do impedimento ocultado. Sob esse aspecto, o tipo representaria mais uma espécie de fraude qualificada¹¹¹, um estelionato matrimonial¹¹², por isso tal criminalização é desnecessária, uma vez que se protege, verdadeiramente, o bem jurídico-penal (*status* do cônjuge lesado) pelos delitos de estelionato (art. 171, do Código Penal) - quando o interesse do cônjuge trapaceiro for patrimonial -, ou de posse sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal) - quando o fim do embusteiro for de ordem sexual. Fora isso, poder-se-ia prescindir a intervenção penal, que lembre-se, deve ser sempre a *ultima ratio*, restando ao Direito Civil a regulamentação de tais casos.

A ordem familiar em geral ou a ordem matrimonial em particular são indiretamente atingidas, com a celebração de um matrimônio viciado ou anulável. Mas a conduta do agente não visa atingir o matrimônio, nem a família¹¹³. Poder-se-ia dizer, de certo modo, que a ação é até a favor do matrimônio, embora em sentido anômalo¹¹⁴.

O sujeito ativo do delito insculpido no artigo 237, do Código Penal pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, que contraia casamento ciente da existência de impedimento absoluto. Ademais disso, faz-se necessário que o contraente seja solteiro, pois se casada for, o crime, em tese, poderá ser o de bigamia. É, portanto, crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. É também, delito unissubjetivo (ou monossubjetivo), pois necessita-se da participação material do outro sujeito com o qual se contrai o matrimônio, lembrando-se que o cônjuge enganado apresenta-se como vítima do engano¹¹⁵.

Em relação à sujeição passiva, parte considerável da doutrina nacional¹¹⁶ entende como sujeitos passivos o Estado e, em particular, o contraente de boa-fé. Não há como aceitar o presente entendimento, uma vez que ninguém tem mais interesse na legitimidade da celebração do casamento do que o próprio indivíduo que o contrai,

¹¹¹ FRISOLI, F. Paolo. *Op. cit.*, p. 50; MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 650.

¹¹² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 774.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 226.

¹¹⁴ PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 494; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 774.

¹¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 101; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 311; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 938; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 498; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 229; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1039; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 670.

¹¹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 311; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 102; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 11-12; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 629; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 938; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 671; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1039.

sendo a verdadeira vítima de um matrimônio nulo¹¹⁷. Além disso, formalmente, o Estado será sempre o sujeito passivo, como titular do ordenamento jurídico que ele próprio constrói. Mas posicioná-lo aqui como sujeito passivo prioritário, parece-nos uma interpretação eivada de autoritarismo, próprio de uma legislação nascida em período de exceção¹¹⁸. Num Estado de Direito como é o nosso, onde se cria uma legislação penal liberal, tudo isso soa incompreensível.

Por conseguinte, o Estado tem sempre o interesse em preservar a ordem pública, as instituições e a ordem jurídica, e tal interesse geral, quando violado, coloca-o, no máximo, como sujeito passivo secundário, mas nunca primário¹¹⁹. Ao se admitir a colocação do Estado como vítima primeira do presente delito, estar-se-ia publicizando demais um instituto predominantemente do Direito Privado, subvertendo a razão de sua criação¹²⁰. Esta é também a interpretação que decorre da presente criminalização, onde o Estado, equivocadamente, vale-se da ingerência penal para tratar de um ato jurídico do Direito de Família, mais especificamente de um contrato entre particulares¹²¹.

Se ambos os contraentes que convolarem núpcias tiverem conhecimento do impedimento, serão incriminados como coautores¹²². Diferentemente do artigo 236, onde, neste caso, ter-se-iam dois crimes autônomos em razão da ausência do vínculo subjetivo na fraude¹²³.

¹¹⁷ Neste sentido: COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 547-548.

¹¹⁸ Lembre-se que, conforme mencionou-se outrora, o dispositivo penal em estudo foi importado do Código Penal italiano de 1930, art. 558, elaborado durante o governo fascista de Benito Mussolini, pelo Ministro da Justiça Alfredo Rocco, com a considerável colaboração do jurista Vincenzo Manzini.

¹¹⁹ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 222-223; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771-772.

¹²⁰ Não pode ser considerado como sujeito passivo o Estado porque, sendo o ente tutelar, é o denominador comum na tutela de todos os crimes. Tampouco a família não poderá ser considerada como sujeito passivo do delito, embora possa, inequivocamente, ser ofendida pela conduta. Essa família, que empresta o nome ao Título VII, do Código Penal, é o bem jurídico categorial da tutela penal, é o objeto comum, e não o sujeito passivo, nem também, o objeto jurídico específico da singular incriminação, que é o casamento. Não se venha, outrossim, pretender afirmar que os sujeitos passivos são todos os membros integrantes da família, mas somente o cônjuge que contrai o matrimônio nulo, dotado de impedimento (COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 775).

¹²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 46, leciona que “tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato”.

¹²² O Código Penal argentino prevê em dois tipos penais distintos, cominando prisão, de um a quatro anos, àqueles que contraem matrimônio, sabendo ambos da existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta (art. 134) e pena de prisão, de dois a seis anos, àquele que contrai matrimônio sabendo da existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta, mas ocultando tal circunstância do outro contraente (art. 135).

¹²³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 311; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 938; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777.

A conduta descrita no artigo 237, do Código Penal, consiste em contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta. Trata-se, pois, de tipo penal *autônomo* (pois não deriva de nenhum outro). Requer a descrição típica que o agente se case ciente da existência de impedimento dirimente público. Rege-se, a conduta típica, pelo verbo *contrair*, que significa ajustar, contratar, convolar. Consiste a incriminação em convolar matrimônio, sabendo de seu impedimento para tal celebração, ou seja, para a realização do contrato matrimonial, sobre o qual recai a nulidade absoluta¹²⁴.

Impedimento é todo obstáculo que a lei estabelece para a celebração do casamento, tornando-o nulo¹²⁵, é a ausência de requisito necessário para o casamento¹²⁶. Trata-se de conceito do Direito Civil, remetido pelo legislador penal para complementar o tipo estudado, que é norma penal em branco (homogênea ou em sentido amplo)¹²⁷.

Consoante já analisado anteriormente, quando do estudo do art. 236, do Código Penal, esses impedimentos constam do artigo 1.521, do Código Civil. Como se abstrai da lei civil, interessa-nos aqui somente o estudo dos *impedimentos dirimentes públicos ou absolutos*, que objetivam preservar o interesse público.

Compreendem causas relativas à instituição familiar e à estabilidade social, podendo ser arguidos por qualquer interessado e pelo Ministério Público, acarretando a nulidade do casamento¹²⁸. Abarcam três modalidades de impedimentos: 1) Impedimentos resultantes de parentesco; 2) Impedimentos resultantes de vínculo; 3) Impedimento decorrente de crime. Vejamos cada um:

1) Impedimentos resultantes de parentesco: estes podem existir por consanguinidade (art. 1.521, I e IV, CC)¹²⁹, por afinidade (art. 1.521, II, CC)¹³⁰ e em decorrência da adoção (art. 1.521, I, III e V, CC)¹³¹;

¹²⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 548.

¹²⁵ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 6, p. 147.

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 935.

¹²⁷ CURY, Enrique. *La ley penal em blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 38, leciona que “norma penal em branco é aquela que determina a sanção aplicável, descrevendo tão somente parcialmente o tipo delitivo correspondente e confiando a determinação da conduta punível ou seu resultado a outra norma jurídica à qual reenvia expressa ou tacitamente”.

¹²⁸ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: II - por infringência de impedimento. Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

¹²⁹ Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive.

¹³⁰ Não podem casar: II - os afins em linha reta.

¹³¹ Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; V - o adotado com o filho do adotante.

2) Impedimentos de vínculo (art. 1.521, VI, CC), não englobados pelo artigo 236, do Código Penal¹³². Apesar de a bigamia figurar como impedimento absoluto, constitui delito autônomo, de modo que a violação do impedimento previsto não configura o crime tipificado no artigo 237, e sim o ancorado no artigo 235¹³³.

3) Impedimento de crime: o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (art. 1.521, VII, CC)¹³⁴, ressalvada a hipótese de crime culposo, tendo em vista a interpretação teleológica do dispositivo¹³⁵.

Quando presente qualquer impedimento, é indispensável que o outro contraente ignore o dito impedimento, conquanto possa ser conhecido de outras pessoas que participam da solenidade¹³⁶. Caso assim não seja, conforme já foi dito, poderá o outro contraente responder pelo crime como coautor¹³⁷.

Diferentemente do delito tratado anteriormente (art. 236, do Código Penal), não se exige aqui o emprego de fraude, ou seja, de artifício ou ardil¹³⁸. Ademais disso, a conduta punível não haverá de ser necessariamente comissiva, dito de outra forma, o tipo não exige um comportamento ativo. Assim, é suficiente para sua configuração que o agente deixe de declarar a existência de causa de nulidade absoluta, bastando, pois, a simples omissão¹³⁹. Por tais motivos é punida a conduta de forma menos grave.

O tipo subjetivo é formado pela vontade livre e consciente de contrair matrimônio, conhecendo o agente de impedimento existente. Portanto, a vontade livre e consciente da existência de impedimentos que causem a nulidade absoluta, mais precisamente àquelas constantes do artigo 1.521, do Código Civil. Admite-se, pois, somente o dolo direto, uma vez que a figura delitiva exige que se cometa o crime “conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta¹⁴⁰”,

¹³² Não podem casar: VI – as pessoas casadas.

¹³³ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 939.

¹³⁴ Não podem casar: VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹³⁵ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 935.

¹³⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549.

¹³⁷ NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 311; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 938; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 227; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777.

¹³⁸ *Artifício* é a fraude material, representada pelo emprego de algum objeto (exemplo: documento falso), instrumento ou vestimenta, enquanto o *ardil* é a fraude moral ou intelectual, consistente na conversa enganosa, na astúcia, sutileza, mentira (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, v. 2, p. 70; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, v. 2, p. 287; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, v. 2, p. 384).

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 230; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 939; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312.

¹⁴⁰ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta.

inexistindo as modalidades decorrentes de dolo eventual e de culpa¹⁴¹.

Observe-se, porém, que parte da doutrina admite o dolo eventual. Noronha, por exemplo, leciona que a dúvida quanto ao efeito da causa que anula o casamento não elide o crime, pois quem duvida e age, arrisca-se, comportando-se com dolo eventual¹⁴². Conforme demonstrado, a admissibilidade do dolo eventual aqui é inteiramente incabível, excogitável, uma vez que o próprio tipo penal exige o dolo direto¹⁴³.

Consuma-se o crime com a efetiva celebração do casamento, isto é, no momento que se realiza o matrimônio. A tentativa é perfeitamente admissível, e ocorre quando, iniciada a cerimônia, não sobrevir o casamento por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por exemplo: terceira pessoa se apresenta durante a cerimônia matrimonial declarando e provando existir impedimento absoluto para a realização do casamento; ou então quando realizado casamento religioso com fins civis e este não chega a ser inscrito no registro público¹⁴⁴.

Entende-se, desta forma, que todos os atos legais que antecedem a cerimônia são considerados simples atos preparatórios, impuníveis pelo presente delito¹⁴⁵. Não obstante, atos jurídicos como a publicação dos proclamas, a preparação de documentos para a celebração do casamento ou mesmo o processo de habilitação, serem tão somente atos preparatórios, poder-se-á restar configurado outro delito, o de falsidade documental¹⁴⁶, tipificado no art. 299 do Código Penal¹⁴⁷. Uma vez que a elaboração dos “proclamas”, por exemplo, demandará a precedente falsidade, no mínimo, tendo o agente que omitir impedimento absoluto que conhece¹⁴⁸.

¹⁴¹ Neste sentido: PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 939; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 230; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 777; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 670; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 12; DELMANTO, Celso [et al]. *Op. cit.*, p. 631; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1039; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 548.

¹⁴² NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁴³ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 132-133.

¹⁴⁴ GOMES NETO; F. A. *Op. cit.*, p. 230; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 778; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 939.

¹⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549.

¹⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 221 assevera que “pode o particular praticar falso ideológico em documento público ao fazer declarações inverídicas ou omitir circunstâncias que não podia esconder do funcionário público que elabora, nessa qualidade, o documento (falsidade mediata)”.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 931; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 544;

¹⁴⁸ Falsidade ideológica: Art. 299 - 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. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime

A competência para processar e julgar o presente delito é dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61, da Lei n.º 9.099/1995, tendo em vista tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo, pois a pena cominada é de detenção, de três meses a um ano¹⁴⁹.

A ação penal é pública incondicionada, o que causa, *ab initio*, estranheza, pois o delito do artigo 236, deste *Codex*, apesar de mais grave, é perseguido via ação penal privada personalíssima, dependendo de queixa-crime do contraente enganado para seu processamento. Todavia, justifica-se a natureza pública da ação penal pela admissibilidade de coautoria entre os cônjuges, pois a possibilidade de que ambos figurem como autores - quando cientes da existência de impedimento absoluto - obsta que se consagre a exigência de que a ação penal seja intentada por um dos contraentes¹⁵⁰.

Conclusão

O delito como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão da tutela penal da família, mais precisamente do casamento. Nessa linha, o atual tratamento penal da família é incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado democrático de Direito, ao se instituir no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado e, portanto, ao Direito penetrar. É cediça, portanto, a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, que de tão valerosa e essencial é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais.

Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre gravidade

prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

¹⁴⁹ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

¹⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 103; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 940; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549.

do fato (crimes de induzimento em erro essencial e ocultação de impedimento e conhecimento prévio de impedimento) e gravidade da pena (criminalização das condutas descritas nos arts. 236 e 237, do Código Penal), propugna-se, neste estudo, que a tutela à família seja dada, em especial, mediante a descriminalização destes delitos, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tais condutas, pois o uso indevido da Ciência Penal a pretexto de proteger a família, presta-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça penal, pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

Sob esse ângulo, a descriminalização do induzimento em erro essencial e ocultação de impedimento e do conhecimento prévio de impedimento são dois impensáveis imperativos nascidos do indispensável respeito à liberdade individual, que colocaria a legislação pátria em consonância com as novas tendências do Direito Penal Internacional minimalista, contrário ao modelo fascista italiano, que hoje é menos eficaz.

Isso não significa que tais tendências incentivem a união pluriafetiva, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor se tornou absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias do controle e assistência social e para os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

Nessa linha, sabe-se que o Direito Penal possui maior força simbólico-comunicativa, o que deve ser preservado para a repressão das maiores violações a bens jurídicos. É ainda, de conhecimento geral, a grande importância da família para o Direito e para a sociedade, por isso, não se propugna aqui a exclusão da proteção familiar, nem a diminuição de sua importância, mas somente a adequação da tutela legal, tendo em vista ser o Direito Penal instrumento inapto para proteger a família, mais ainda, o casamento. Motivo pelo qual ela deve deixar de ser um bem jurídico-penal, mas jamais um bem jurídico, pois é Direito Constitucional de todos, verdadeira base da sociedade, tutelada mais eficazmente pelo moderno Direito das Famílias, que o faz na exata medida, intervindo sensivelmente na esfera privada, na intimidade de seus integrantes, diferentemente do Direito Penal que é extremamente invasivo e lesivo, pois vale-se de mecanismos coercitivos inadequados para a família, dos quais ela não precisa, uma vez que a polícia e a justiça nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar, mas ao contrário, prestam-se somente a segregar a manchar os laços fraternos.

Quanto ao casamento como bem jurídico específico, por óbvio também se deve, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Acerca do tipo penal descrito no artigo 236, do Código Penal, que pune o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, diferentemente do que defende a doutrina majoritária, o bem jurídico “protegido”, no crime de indução desleal ao matrimônio, é fornecido pelo *status* do cônjuge inocente. Em verdade, este delito não pretende dissolver um estado conjugal preexistente, mas impedir um estado conjugal viciado e caduco, em razão do impedimento ocultado. Sob esse aspecto, o tipo representaria mais uma espécie de fraude qualificada, um estelionato matrimonial, por isso tal criminalização é desnecessária, uma vez que protege-se, verdadeiramente, o bem jurídico-penal (*status* do cônjuge lesado) pelos delitos de estelionato (art. 171, do Código Penal) - quando o interesse do cônjuge trapaceiro for patrimonial -, ou de posse sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal) - quando o fim do embusteiro for de ordem sexual. Fora isso, poder-se-ia prescindir a intervenção penal, que lembre-se, deve ser sempre a *ultima ratio*, restando ao Direito Civil a regulamentação de tais casos.

O artigo 237, do Código Penal, inacreditavelmente, pune o matrimônio realizado mediante o conhecimento prévio de impedimento. Dispositivos como este perderam parte de sua importância a partir do momento em que a própria Constituição não apenas reconheceu, como equiparou ao casamento toda sorte de uniões interpessoais. Desta forma, todos os atos legais que antecedem a cerimônia são considerados simples atos preparatórios, impuníveis pelo presente delito. Não obstante, atos jurídicos como a publicação dos proclamas, a preparação de documentos para a celebração do casamento ou mesmo o processo de habilitação, serem tão somente atos preparatórios, poder-se-á restar configurado outro delito, como o de falsidade ideológica, tipificado no art. 299 do Código Penal. Uma vez que a elaboração dos “proclamas”, por exemplo, demandará a precedente falsidade, no mínimo, tendo o agente que omitir impedimento absoluto que conhece.

Nesse passo, conclui-se que o melhor caminho é o da desnecessidade da intervenção do Direito Penal nas questões familiares, ao contrário do que ocorre com a criminalização inculpada no art. 237 do Código Penal, o que já é suprido pelos impedimentos à realização do matrimônio previstos no Código Civil, bem como, pela criminalização da falsidade documental, cuja pena é bem mais severa, conforme demonstrado.

Melhor seria que tais questões fossem solucionadas pelas próprias famílias, e somente, um último caso, pela justiça cível, através da vara de família, mas nunca pela criminal, pois como dito, trata-se de um problema, por mais reprovável que se mostre, essencialmente familiar, que gravita em uma esfera onde a persecução penal deve abster-se de penetrar, em especial pelas feridas perenes que poderão restar de sua intervenção.

Referências bibliográficas

- BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Dimetri Braga Soares. *Direito de Família e Direitos Humanos*. Leme: EDIJUR, 2012.
- CARVALHO, Gisele Mendes. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Editorial Comares, 2009.
- CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- CHARBONNEAU, P. *Pais, filhos e tóxicos*. São Paulo: Almedina, 1983.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal – curso completo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUELO CALLÓN, Eugenio. *Derecho Penal - Parte Especial*. Barcelona: Editorial Bosch, 1975, t. II.
- DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knoppholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DWORKIN, G., Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. Dickenson, California, 1975.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 6.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *El parentesco em el derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal, parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2.
- FRISOLI, F. Paolo. *L'oggetto della tutela penali nei reati contro il matrimonio*. Pola: Rocco, 1942.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GOMES NETO, F. A. *Novo Código Penal Brasileiro. Parte especial: comentários aos artigos 121 a 249*. São Paulo: Editora Leia Livros, 1985, v. 3.
- GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.
- GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2013.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 7.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, 4. Ed. Granada: Comares, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russie soviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série central, Tome 9, Lion: Marcel Giard, 1925.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, t. II.
- LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 3.

- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de diritto penale italiano*. Turim: Ed. Torinense, 1950. v. 7.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Aguilar, Madrid, 1972.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*. Arts. 235 a 361 do CP. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código penal comentado*. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.^a ed. São Paulo. Saraiva, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial - arts. 121 a 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Delitti contro la famiglia*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1953.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla: Public de la Universidad, 1974.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.
- REALE, Miguel. *Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente*. In: *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936.
- ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Delito de bigamia e intervenção mínima: o casamento é, ainda, um bem jurídico-penal? *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília. v. 2. n. 1, p. 556-571, jan-jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/901/pdf>. Acesso em: 09 maio 2023.
- ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *O Novo Direito Penal das Famílias*. Leme: EDIJUR, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato Social* (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed., SP: Martin Claret, 2001.

- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1967, v. 4.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito*. Revista de Ciências Sociais. Lisboa, n. 30, jun. 1990.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. revista e atualizada. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 4. Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 5. Ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

