

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo. SRV Editora LTDA, 2023. E- book. ISBN 9786553624351. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624351/>. Acesso em: 25 mai. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado.** Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 08 mai. 2024.

RIBEIRO. Mariana Santana. *apud* Borges e Dell'Aglío. **Os impactos da violência doméstica no desenvolvimento da criança e do adolescente.** Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD=9-9ENRD#:~:text=Conclui-se%20que%20a%20maior%20parte%20da%20agress%C3%B5es%20acontecem,so%20cial%20com%20altera%C3%A7%C3%B5es%20de%20diferentes%20formas%20e%20intensidades>. Acesso em: 08 mai 2024.

Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: https://www.paulofreire.org/eca/e_book_ECA.pdf. Acesso em 18 mai. 2024.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **Direito da criança e do adolescente.** São Paulo SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553624603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>. Acesso em: 12 mai. 2024.



Foto: Fábio Cres

17

A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE E INAPLICABILIDADE DA TUTELA PENAL NO CRIME DE BIGAMIA

Palavras-chave

Bigamia. Crime. Constitucionalidade. Tutela. Monogamia.

Tulio Emer Damasceno

Bacharel em Direito – ITE Bauru/SP – 2014.

Pós Graduação em Direito Penal *Lato Sensu* – Damásio Educacional – 2019.

Advogado – OAB/SP nº 359.094.

E-mail: tulioemer@adv.oabsp.org.br.

Resumo

O presente trabalho científico visa examinar a constitucionalidade do delito de bigamia, tendo em vista que nossa Constituição Federal consagra o princípio constitucional da laicidade. Mesmo com o advento da referida Constituição Federal, muitas leis surgiram pregando o casamento monogâmico no Brasil, dentre elas o Código Civil de 2002 e as leis que estabeleceram feriados nacionais religiosos que são celebrados pela igreja cristã, religião atrelada à maioria da população nacional. Para isso trouxemos neste trabalho os principais princípios constitucionais que seriam relacionados ao tema, um estudo sobre o bem jurídico tutelado tanto do crime de bigamia quanto do que deve ser objeto de tutela penal, além dos princípios do casamento do direito de família, as leis que consideram feriados nacionais celebrações da igreja cristã e as semelhanças do delito de bigamia com o antigo crime de adultério que apesar de guardar vários aspectos que minimamente lembram o crime de bigamia, foi revogado em 2005, enquanto que o outro permanece como crime após 19 (dezenove) anos para ao final apresentar nossas conclusões sobre o tema.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 está vigente há quase 04 (quatro) décadas e desde logo consagrou o princípio laicidade pelo qual o estado não tem o poder de impor qualquer religião aos brasileiros assim como priorizar qualquer crença religiosa. É certo que a menção ao estado nacional como laico não se originou da referida Constituição de 1988, mas pela antiga Constituição Federal de 1824, embora a mesma definisse que a religião do Império seria obrigatoriamente a apostólica romana, o que faz muitos entenderem que a lei maior nacional fora naquele momento influenciada pela igreja católica que predominaria a frente das demais e que presa pelas relações afetivas monogâmicas, daí nasce o princípio da monogamia. Com a Constituição Federal daquela época foram surgindo as demais leis, dentre elas o Código Penal de 1830 aonde surgiram os crimes de bigamia e adultério, sendo que o primeiro é mantido até hoje no nosso Código Penal de 1940 mais precisamente no artigo 235, enquanto que o segundo foi revogado em 2005 e ainda está atrelado ao princípio da fidelidade monogâmica do Código Civil.

Paralelo ao princípio monogâmico nascido da crença cristã encontramos feriados religiosos da mesma religião amparados por lei federal. Com todo esse cenário cresce dentro de muitos a dúvida sobre a aplicação da laicidade do Estado prevista na Constituição Federal.

É certo que a sociedade vem passando por um processo evolutivo no que tange aos valores éticos e sociais, mas mesmo assim, somado ao fato de que há várias religiões que pregam a aceitação das relações afetivas poligâmicas, tal tipo de relação permanece tipificada como crime no ordenamento legislativo pátrio, mesmo há quase 2 (duas) décadas da revogação do antigo crime de adultério.

Assim, passamos a discutir a eventual inconstitucionalidade do crime de bigamia, bem como sua possibilidade e necessidade de tutela na esfera penal, buscando entender e aferir quais são as legislações que devem prevalecer a fim de acompanhar o desenvolvimento ético, valorativo e social da sociedade.

2. O CRIME DE BIGAMIA

O crime de bigamia está tipificado no artigo 235 do Código Penal (1940) que prevê punição privativa de liberdade para aquele que contrair dois ou mais casamentos ao mesmo tempo, vejamos:

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é

punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

(Código Penal de 1940).

Vale destacar que nosso Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em 2020 que a figura do crime de bigamia não se resume apenas ao casamento, como também no caso de união estável, conforme vejamos pelo trecho da notícia prevista no Portal do próprio STF a seguir:

Segundo o ministro Alexandre de Moraes, o fato de haver uma declaração judicial definitiva de união estável impede o reconhecimento, pelo Estado, de outra união concomitante e paralela. Ele observou que o STF, ao reconhecer a validade jurídico-constitucional do casamento civil ou da união estável por pessoas do mesmo sexo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, não cancelou a possibilidade da bigamia, mas sim conferiu a plena igualdade às relações, independentemente da orientação sexual. O ministro ressaltou que o Código Civil (artigo 1.723) impede a concretização de união estável com pessoa já casada, sob pena de se configurar a bigamia (casamentos simultâneos), tipificada como crime no artigo 235 do Código Penal. Assinalou, ainda, que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva. Acompanham o relator os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Luiz Fux. (STF, 2003).

2.1. O Bem Jurídico Tutelado do Crime de Bigamia no Contexto Histórico

Apesar da atual redação do crime ter sido publicada pelo nosso Código Penal em 1940 o crime de bigamia já existia desde a publicação do Código Penal de 1830 que trazia o delito de “polygamia” no art. 249, punindo quem contraisse matrimônio duas ou mais vezes, sem ter dissolvido o primeiro. Vale lembrar quando o referido texto fora publicado estava em vigor a Constituição Federal de 1824 cujo artigo 5º previa que “a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”. Em outras palavras, notava-se aí uma limitação de atuação das demais religiões que não fossem católicas, de modo que os Imperadores deveriam ser necessariamente católicos.

A partir daí surge o bem jurídico tutelado do crime de “polygamia” daquela época que seria nada mais que a proteção de uma das regras da religião cristã qual seja o casamento monogâmico.

Tanto é, que passados vários anos, o conceito do bem jurídico tutelado vem sofrendo incansáveis modificações, mas sempre sendo lembrado o casamento monogâmico da igreja cristã que acabou sendo reconhecidas as religiões católica e evangélica como as “dominantes” da América Latina.

O professor Guilherme de Souza Nucci (2020) entende dessa forma, sendo acompanhado pelo também professor Damásio de Jesus o qual aduz que no crime de bigamia, “a lei penal tutela a ordem jurídica matrimonial, assentada no princípio do casamento monogâmico” (JESUS, 2015, p. 229); já para Rogério Grecco o bem juridicamente protegido na bigamia seria “a instituição do matrimônio, relativa ao casamento monogâmico”, embora também não se deixe de proteger “a família” (GRECCO, 2018, p. 902).

Já Cezar Roberto Bitencourt (2012) indica como bem jurídico tutelado do crime de bigamia o interesse estatal na organização jurídica do matrimônio, também aferindo como destaque o “princípio monogâmico” que seria “adotado, como regra, nos países ocidentais”.

Por fim o professor Jamil Chaim Alves (2020) define o bem jurídico tutelado do crime de bigamia como sendo “a ordem jurídica matrimonial, calcada no casamento monogâmico”.

O crime de “polygamia” também foi lembrado no Código Penal de 1889 no artigo 283 que punia com pena restritiva de liberdade de 1 a 6 anos aquele que “contrair casamento, mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nulidade, ou por morte do outro cônjuge” até chegarmos a atual redação já destacada no nosso atual Código Penal de 1940.

2.2. O Bem Jurídico Tutelado Como Limite ao Direito Punitivo

Destacar-se-á antes de mais nada que no ordenamento jurídico penal está presente o chamado “Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos” pelo qual o direito penal não é instrumento adequado quando se tratar de tutelar a moral, alguma religião ou ideologia ou funções administrativas governamentais, mas apenas o que chamamos de “os bens jurídicos mais relevantes”.

A professora Érica Babini Lapa do Amaral Machado, em sua obra aonde mostra seus estudos unicamente focados na teoria dos bens jurídicos tutelados penais, indica a finalidade de distinção entre direito e moral, vejamos:

A origem atrela a função do Direito Penal à proteção de interesses subjetivos, entendidos esses como valores importantes para o homem, reconhecidos independentemente de um ato jurídico. Com essa perspectiva, o autor do Código Penal da Baviera, visava aperfeiçoar a distinção entre direito e moral, concebendo que a esfera do Direito impõe-se naquela, quando se conhece os direitos para serem protegidos. Na verdade, a sua pretensão foi muito mais limitar o raio de atuação do *ius puniendi* ao colocar os interesses humanos em primeiro plano, e não interesses religiosos ou estatais. (MACHADO, 2016)

A mesma professora afere que o papel do bem jurídico tutelado deve ser analisado sobre a perspectiva infra sistemática com funções exegética e dogmática e posteriormente do ponto de vista extra sistemático em que se mostra a legislação em nível político e ideológico, “demonstrando as condições necessárias ou suficientes da produção normativa” (Machado, 2016).

Nos ensina ainda a professora Machado que, quando for analisado o bem jurídico tutelado de determinado crime, deve ser lembrada qual é a finalidade e quem de fato seria aquele que a lei busca proteger, vejamos:

“o ônus da proteção de uma sociedade de riscos e perigo é o rompimento dos ideários iluministas, cujo escopo era a limitação do *ius puniendi*, o que, por consequência lógica, alude à própria expansão do Direito. Por outro lado, mas complementar, os novos tipos penais tendem ao perecimento, porque ao tratar de conflitos particulares com a administração pública, os conceitos de generalidade e abstração são desprezados e consequentemente a situação contingente, depois de solucionada, torna-se letra morta. Esse cenário, porém, representa significativos riscos ao Estado Democrático de Direito, de modo que, a curto prazo, a única alternativa possível, é a realização do controle funcional da teoria dos bens jurídicos, em cujo centro deve estar a questão: segurança jurídica para que e para quem?”. (MACHADO, 2016)

Fato é de quem sem dúvida alguma não é concebível a criação ou manutenção de condutas tipificadas como crimes e contravenções penais sem que haja a possibilidade de identificar um bem jurídico cuja tutela necessite da intervenção penal.

2.3. Aplicação do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância está atrelado a discussão da criminalização do delito de bigamia muito em razão da teoria de que o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas, ou seja, de crimes que violem de forma irrisória o bem jurídico tutelado, como nos ensina o professor Guilherme de Souza Nucci, vejamos:

Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Há várias decisões de tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal, como ocorre nos casos de “importação de mercadoria proibida” (contrabando), tendo por objeto material coisas de insignificante valor, trazidas por sacoleiros do Paraguai. Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de uma azeitona, exposta à venda em uma mercearia. Ressalte-se que, no campo dos tóxicos, há polêmica, quanto à adoção da tese da insignificância: ora a jurisprudência a aceita; ora, rejeita-a. (NUCCI, 2020, p. 298-299).

Já o professor Damásio de Jesus mostra compartilhar tal entendimento, aduzindo que o Direito Penal deve atuar apenas nos casos de lesão jurídica expressiva, “in verbis”:

Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de condicionar a aplicação do princípio da insignificância à verificação de quatro vetores: a) a ausência de periculosidade social; b) a reduzida reprovabilidade do comportamento; c) a mínima ofensividade da conduta; e d) a ínfima ou inexpressiva lesão jurídica. (JESUS, 2020, p. 56).

No caso que estamos examinando, notamos ser claramente possível a aplicação do princípio da insignificância/bagatela ao crime de Bigamia, contanto estivermos diante de uma situação tal que todos os nubentes concordem com a relação poliafetiva.

3. DAS UNIÕES POLIGÂMICAS

3.1. Dos Seus Princípios Dentro do Direito de Família

3.1.1. Do Princípio da Monogamia

O princípio da Monogamia consiste na proibição de uniões afetivas simultâneas imposta pelo Estado. Em tese tal princípio contrapõe o princípio da liberdade representando verdadeiro paradigma-dogmático ao definir a família tradicional monoafetiva como o regime familiar a ser seguido de forma obrigatória.

Conforme ensinam os professores Zanon e Alves, a monogamia é o predomínio do homem sobre a necessidade de garantia da prole legítima para a transmissão do seu patrimônio. Em suma, a necessidade da imposição da monogamia, sobretudo a feminina, impõe-se para legitimar a prole de herdeiros, isto é, trata-se de um princípio baseado em estigmas e preconceitos, que não condiz com a evolução da sociedade e não permite que certos indivíduos expressem seu desejo por relações poliafetivas (ZANON; ALVES, 2023, p. 75)

Em outras palavras, a questão da herança virou essencial no desenvolvimento do contexto familiar da sociedade, de modo que a monogamia foi aplicada tanto pelo poder do homem sobre a mulher que há tempos é reconhecido assim como pela questão de evitar uma “partilha infinita e não simplificada” da herança.

Os mesmos professores Zanon e Alves defendem ainda que “não há como a monogamia ser fruto dos ideais do amor romântico ou da paixão, já que ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro e para a garantia da sucessão de patrimônio” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 54).

Destarte, se nota que a monogamia conquanto seja a espécie de relação familiar padrão da sociedade não pode ser admitida como regra ou obrigatória, porém foi fruto do surgimento de inúmeras normas nas esferas cível e criminal.

3.1.2. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como sendo um dos princípios fundamentais do Estado Democrático Nacional, tal princípio impõe dever de observância estatal que deverá atuar tanto de forma negativa (limitação às ingerências provocadas pela atuação indevida do Estado) como de forma positiva (representa o dever do Estado de fornecer o mínimo existencial para seus indivíduos).

Nos ensinamentos da professora Maria Berenice Dias reafirmando as palavras do também professor Guilherme Calmon

Nogueira da Gama a dignidade da pessoa humana encontra relevante espaço no Direito de Família, conforme vemos:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (GAMA, apud, DIAS, 2021, p. 66).

Nesta seara se vê a necessidade de que as famílias sejam elas monogâmicas ou não, devam ser respeitadas em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade esta que é subjetiva para cada indivíduo, sendo que o que é indigno para um pode ser digno para outro, aplicando-se tal vertente no Direito de Família, consequentemente na união de casais muito em razão também aos vínculos afetivos, solidários, de confiança e respeito.

3.1.3 .Do Princípio da Liberdade

Destaca-se o princípio da liberdade em razão da ideia do estado ter autonomia para obrigar a imposição de certa relação de afeto familiar.

Nessa questão a professora Maria Berenice Dias destaca que o princípio da liberdade possui maior relevância, vejamos:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. (DIAS, 2021, p. 66-67).

Lembramos que o princípio da liberdade está previsto no preâmbulo do artigo 5º da Constituição Federal, até por isso prevalece sob as Leis Ordinárias, sobretudo as normas do Código Civil e Código Penal que hoje claramente impõe o regime familiar monogâmico, o que torna perfeitamente possíveis as relações poliafetivas.

3.1.4. Da Vedação do Retrocesso Social Em Desavença Com A Constituição Federal

A Constituição Federal, em meio a sua previsão de proteção especial à família, estabelece ditames essenciais, dentre eles: igualdade entre homens e mulheres, tratamento igualitário entre os filhos e reconhecimento de diferentes tipos de entidades familiares merecedoras de proteção.

A mesma Constituição Federal afere ser o Estado Nacional um Estado Laico, isso porque à luz do inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal, ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa.

Oportuno destacar que muito se discutiu na jurisprudência se o preâmbulo da Constituição Federal feriria o Estado Laico ao conter a expressão “sob a proteção de Deus”, haja vista que há religiões que não acreditam em Deus, porém o nosso Supremo Tribunal Federal em 2003, ao julgar a ADI 2.076, firmou entendimento de que tal expressão não fere o Estado Laico Nacional vez que não possui força normativa, vez que “não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual” (STF, 2003), dando fim para as incertezas geradas nos Tribunais de Justiça.

O Estado Laico Nacional é lembrado pela mesma Constituição Federal no seu artigo 19, principalmente em seu inciso III aonde deixa clara a vedação aos Estados de criarem distinções entre brasileiros ou preferências entre si, vejamos;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (Constituição Federal de 1988).

Por mais que tal dispositivo esteja no capítulo I da Organização Político-Administrativa do Estado, podemos observar que o artigo 19 trata exclusivamente do assunto “religião” muito em razão dos teores dos incisos I e II, o que deixa claro pela dogmática legislativa que o inciso III refere-se exclusivamente quanto as preferências religiosas dos brasileiros.

Porém devido a peculiar situação voltada ao Direito de Família se vê que na qualidade de direito subjetivo de seus integrantes os direitos aludidos em menção supra, obstam

retrocessos sociais trazidos pela legislação ordinária, posto serem de índole constitucional, sua desobediência feriria o próprio [texto constitucional](#) conforme indicamos.

Citando a obra de Lenio Luiz Streck a doutrinadora Maria Berenice Dias (2021) informa que é flagrante o entendimento segundo o qual nenhum texto oriundo do constituinte originário poderá sofrer limitação (retrocesso) que lhe promova menor alcance jurídico social do que originariamente se tinha planejado, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente.

Neste contexto, as normas infraconstitucionais criadas desrespeitando as previsões constitucionais, tanto as que citamos quanto tantas outras, seriam em tese inconstitucionais, assim como tantas decisões do Judiciário que transgredissem o tratamento isonômico.

3.1.5. Dos Princípios da afetividade e da felicidade

A professora Maria Berenice Dias (2021) define a felicidade como o princípio base e fundamental do Direito de Família que preza pelas relações afetivas sob as relações de cunho patrimonial e/ou biológico.

Nesta seara se vê que o afeto não se limita ao vínculo subjetivo entre os membros da família, possuindo caráter externo, ou seja, o princípio da afetividade engloba também o reconhecimento que a comunidade atribui à família.

No mesmo contexto a referida professora Maria Berenice Dias, ao citar as palavras do também professor Mauricio Cavallazzi Póvoas, aduz o dever do Estado em adotar posicionamento positivo frente ao Direito de Família para salvaguardar a felicidade de seus integrantes, nas palavras da autora:

O Estado tem obrigações para com os seus cidadãos. Precisa atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização, de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos - políticas públicas – que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. Pouco importa que em nenhum momento a [Constituição](#) cite as palavras afeto ou afetividade. Tal fato nem de longe afasta o caráter constitucional do princípio da afetividade. Eles são a essência de vários outros princípios constitucionais explícitos, sobretudo o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, princípios estes umbilicalmente ligados. (PÓVOAS apud, DIAS, 2021, p. 75).

Para a professora Dias (2021) o princípio da afetividade possui espaço implícito no âmago da [Carta Magna](#) vez que o afeto foi elevado ao status constitucional no momento em que

se admitiu que a união estável fosse reconhecida como entidade familiar baseada no afeto entre seus integrantes, formando o tão aclamado projeto eudemonista e igualitário de entidade família.

Neste aspecto é comum associar o princípio da afetividade com o princípio da felicidade no tocante as relações familiares, tendo em vista que a afetividade está vinculada a ideia de felicidade. A busca da felicidade leva a afetividade entre as partes e está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de que a felicidade deva ser uma garantia existencial do Estado.

Assim, em decorrência do princípio da afetividade não seria possível admitir conformações familiares meramente patri-moniais e/ou biológicos.

Por essas razões em tese não haveria o que se falar em limitação do afeto e da felicidade, aspectos subjetivos de uma pessoa para outra, conquanto algumas podem atrelar a felicidade a possível união poliafetiva com outras pessoas com quem tenham tamanho afeto, não havendo o que se falar em possibilidade de intervenção estatal.

3.2. Da Sua Relação Com o Direito Costumeiro (Feriados Nacionais Por Leis)

Cumprе lembrar que o calendário nacional possui alguns feriados vindos da doutrina cristã, inclusive redigidos por leis federais!

Isso na verdade se dá sob a justificativa de ser o catolicismo a religião mais presente no Brasil desde 1890 e por isso os feriados nacionais foram criados naquela época a partir do calendário gregoriano.

Porém, de acordo com o portal UOL (2024), tais feriados na data de hoje não significariam uma quebra do Estado laico vez que seriam uma celebração não obrigatória de “fatos históricos, tradições e costumes de um povo”.

Tal posicionamento é defendido pela professora Raquel de Carvalho (2018) em seu artigo publicado no portal JUS.COM aonde ela se fundamenta muito em razão de não haver leis nacionais que obriguem os cidadãos a segui-las ou as celebrarem.

Nesta ótica não seria então a religião cristã, paralela aos seus feriados nacionais, reconhecida como um direito costumeiro nacional, vez que apesar de ser o símbolo de feriados nacionais as pessoas seguem outras religiões possuem a faculdade de celebrar ou não tais feriados?

São feriados religiosos nacionais o dia 1º de janeiro em celebração ao Dia da Fraternidade Universal, o dia 29 de março em celebração a Sexta-feira Santa, o dia 12 de Outubro em

consideração ao Dia de Nossa Senhora Aparecida e o dia 25 de dezembro em comemoração ao Natal.

Os feriados do Dia da Fraternidade Universal e do Natal estão previstos no artigo 1º da Lei nº 662/49; já o feriado em prol da Sexta-Feira Santa está previsto no artigo 2º da Lei nº 9.093/95; por fim o feriado em celebração ao Dia de Nossa Senhora Aparecida está previsto no artigo 1º da Lei nº 6.802/80.

3.3. Das Nações Aonde São Permitidas as Relações Poligâmicas

Hoje não são mais raros os países aonde o homem ou a mulher podem ser casados com uma ou mais pessoas.

O jornal UOL (2022) publicou que nos Estados Unidos o estado Utah descriminalizou a poligamia, sendo ela considerada uma pequena infração administrativa como uma infração de trânsito por exemplo, levando-se em consideração o país não mais punir tal tipo de união familiar.

Além dos Estados Unidos o mesmo jornal nos informa na citada notícia que os países de Camarões, Afeganistão, Sudão, Emirados Árabes Unidos, assim como em vários outros países da África, Oriente Médio e Ásia, consignando-se que na África Subaariana como sendo a região aonde a poligamia é mais frequente, ressaltando-se que na maioria dos países quem possui tal direito é o homem, sendo vedada a polian-dria.

4. DA RELAÇÃO ENTRE O CRIME DE BIGAMIA E O CRIME DE ADULTÉRIO

Há quase duas décadas foi revogado no ordenamento legislativo nacional o crime de adultério até então previsto no artigo 240 do Código Penal, que previa pena punitiva de liberdade em detenção de 15 dias a 6 meses para aquele que “cometer adultério”, prevendo também que o corréu incorria na mesma pena, porém o crime foi revogado pela Lei 11.106 de 2005.

Tal crime, assim como o crime de bigamia, nasceu no Código Penal de 1830 e estava previsto em seu artigo 250, punindo a adúltera com pena privativa de liberdade e trabalho de 1 a 3 anos assim como o marido no caso de concubina teúda e manteúda. Lembramos que a Constituição Federal em vigor era a Constituição Federal de 1824, que previa que a religião do império seria obrigatoriamente a religião católica.

O bem jurídico tutelado é definido como a proteção da família com relação ao casamento e à reciprocidade oriundos da relação monogâmica, como vemos pelo ensinamento do professor Almeida o qual aduz que “O bem jurídico tutelado nesse momento é a harmonia e continuidade do núcleo familiar, logo tanto homens quanto mulheres passaram a ser legítimos a cometer o referido crime” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Após o advento do instituto da “abolitio criminis” o crime adúltero deixou de ser tutelado pelo Direito Penal no Brasil e passou a ser tratado unicamente pelo ramo do Direito Civil, o qual instituiu como um dos deveres do casamento a fidelidade recíproca no artigo 1.566, em seu inciso I (Código Civil de 2002). Segundo os professores Icizuka e Abdallah, a evolução histórica da sociedade brasileira do que reconhece como ético e social foi determinante para a revogação do crime, destacando ainda que com o tempo os próprios juristas deixavam de aplicar o crime em tela, vejamos:

Após a promulgação do Código Penal de 1940, diante da evolução dos conceitos da sociedade brasileira em relação ao matrimônio, os juristas continuaram a divergir sobre a eficiência e a necessidade da punição legal como forma de defesa da instituição familiar, particularmente em face ao princípio penal da intervenção mínima. Finalmente, a Lei n. 11.106/05, de 28 de março de 2005, revogou o art. 240 do Código Penal de 1940, sendo que a doutrina já considerava anacrônica há tempos a incriminação do Adultério. (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007).

O professor Moreira (2023) destaca a importância da evolução da sociedade como “papel elementar para o advento da revogação do crime” devido aos direitos que a mulher vem conquistando tal qual o homem e aos avanços quanto ao respeito e tratamento cada vez mais igualitário de valores morais, éticos e religiosos.

Oportuno notar que os crimes de bigamia e adultério guardam deveras semelhanças, haja vista que ambos foram criados no Código Penal de 1830 quando havia uma determinada imposição da igreja católica, ambos estão sob a ótica da relação monogâmica e que o crime de bigamia, quando praticado, envolve a violação da fidelidade, elemento este reconhecido como o bem jurídico tutelado do crime de adultério.

Neste sentido nos ensina o professor Moreira:

Seguindo esse ponto de vista a figura da Bigamia seria menos reprovável que a do adultério, posto que em várias ocasiões não haveria de se falar em efetiva traição quando o cônjuge do bigamo aprovasse a outra relação instituindo as denominadas relações poliafetivas, o que não se pode falar do adultério o qual pressupõe a traição. Em análise mais aprofundada poder-se-ia afirmar que no caso de relações movidas pelo poliamor não haveria de se falar em rompimento do dever de fidelidade, tendo em vista que tal dever geraria oposição apenas em face de terceiros não integrantes da relação. (MOREIRA, 2023).

Destarte a revogação do crime de adultério e a manutenção do crime de bigamia poderia perfeitamente ser notada como uma falha do legislador por imperícia em logística e coerência.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivos principais a análise e estudo não só de eventual inconstitucionalidade do crime de bigamia como também se a poligamia merece ou necessita de reprimenda na esfera penal.

Para tanto foram levantadas as leis que deram origem ao referido delito desde antes das leis atuais, bem como os princípios que norteiam a Constituição Federal e o direito de família que em tese seriam aplicáveis ao tema levantado, assim como uma análise sobre o que se espera do bem jurídico tutelado por si só.

Neste sentido lembramos dos feriados nacionais religiosos justamente para reforçar a discussão vez que são definidos por leis federais e há religiões que não celebram as referidas datas e há também feriados de várias religiões que não são previstos legalmente como feriados nacionais. Buscamos também trazer nesse artigo a realidade tanto nacional quanto de outros países no tocante ao tratamento da poligamia, trazendo ainda um comparativo entre o crime de bigamia e o antigo crime de adultério revogado há quase duas décadas, mais precisamente em 2005.

Após uma análise pormenorizada do tema em questão, consideramos ser inconstitucional o delito de bigamia principalmente em razão regime estatal laico previsto na Constituição Federal, mas também levando-se em consideração aos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana. Consideramos assim que o Estado não tem o poder de criminalizar condutas se baseando em qualquer religião principalmente quando há religiões que defendem a possibilidade de existência daquilo que o Estado pretende criminalizar.

Mesmo que Constituição Federal não trouxesse tais princípios que citamos como normas constitucionais, enxergamos não poder o Estado tutelar criminalmente a monogamia, vez que no contexto familiar deve prevalecer a felicidade e afetividade, princípios que são subjetivos, isto é, o que pode ser motivo de felicidade e afeto para um grupo pode não ser para o outro, consequentemente de uma religião para outra, de modo que morais e valores subjetivas não devem ser amparados na esfera criminal. Enxergamos ser um acerto a revogação do crime de adultério, porém ressaltamos que se realmente tal revogação foi motivada pela evolução da sociedade no tocante aos valores éticos e sociais, enxergamos também a ocorrência de um alarmante erro histórico do legislativo, vez que bigamia e adultério são condutas praticamente idênticas: envolvem o mesmo dever de fidelidade, o mesmo tipo de relação monogâmica e fora que foram crimes criados juntos quando a lei constitucional de 1824 criava alarmante imposição da igreja católica. A diferença seria apenas no casamento, ou seja, “um papel assinado que nada muda quanto ao dever de fidelidade”, não desmerecendo a simbolização histórica, cultural e religiosa do casamento como entendem vários povos, mas apenas ressaltando que o ato de

casar não altera em nada o dever de fidelidade dentro das relações monogâmicas em comparação ao crime de adultério.

Logo, concluímos que o crime de bigamia é nada mais nada menos que um crime religioso criado pelos costumes cristãos, religião esta que predomina em maioria no território nacional, porém a sociedade evoluiu num contexto de respeito com demais religiões, nos aspectos valorativos, ético e sociais, não havendo o que se falar em qualquer possibilidade de criminalização da poligamia. Lembramos ainda que há pessoas que, mesmo se declarando seguidores de determinada religião, não seguem integralmente o que elas pregam e os motivos são variados para cada um, motivo que, somado aos outros motivos que elencamos, enxergamos que deve ser informado no ato da celebração do casamento se todas as partes concordam ou não com o casamento de forma monogâmica, restringindo as consequências de desrespeito ao regime estabelecido pelas partes à legislação civil dentro do direito de família, assim como é tratado hoje o “adultério” mais conhecido atualmente como “traição”.

Não obstante, também em razão do regime nacional laico e dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, em que pese a existência de leis federais que estabelecem feriados algumas celebrações da religião cristã como feriados nacionais não ferirem o princípio do Estado laico constitucional, reconhecemos o direito das demais religiões terem suas celebrações religiosas também amparadas por legislação federal como feriados nacionais.

A sociedade evoluiu muito quanto aos aspectos sociais valorativos, a busca da igualdade principalmente entre raças, sexos, orientações sexuais, religiosos e de gênero, de modo que a existência de legislação federal que reconhece como feriados nacionais apenas datas de celebração de uma determinada religião é um crível desrespeito em desarmonia com as demais religiões, que não possuem o direito de paralisação de seus trabalhos profissionais para que possam celebrar as datas comemorativas de suas respectivas religiões, e está em desarmonia com o desenvolvimento da sociedade.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Wal-sir Edson. **Direito Civil:** famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Jamil Chaim. **Bigamia:** Tomo Direito Penal, *In:* Enciclopédia Jurídica da PUCSP Edição 1, Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/431/edicao-1/bigamia#:~:text=O%20bem%20jur%C3%ADdico%20que%20se,matrimonial%2C%20calcada%20no%20casamento%20monog%C3%A2mico.&text=O%20objeto%20material%20%C3%A9%20o,a-gente%20ao%20contrair%20novas%20n%C3%BApcias>. Acesso em 1 jul. 2024.

ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZANON, Matheus Pasqualin. **MONOGAMIA, PRINCÍPIO OU REGRA?**. Revista de Direito de Família e Sucessão. 1 ag. 2023, p. 75.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1267.

BRASIL. (Constituição (1824). Constituição da República Federativa do Brasil de 1824.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro 1890. Promulga o Código Penal.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Lei 662, de 06 de abril de 1949.

BRASIL. Lei 6.802, de 10 de junho de 1980.

BRASIL. Lei 9.093/95, de 12 de setembro de 1995.

BRASIL. LIM-16-12-1830. Lei de 16 de dezembro de 1830.

CARVALHO, Raquel. **O estado laico e os feriados religiosos**. JUS.com.br, 3 ab. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65179/o-estado-laico-e-os-feriados-religiosos>. Acesso em: 1 jul. 2024.

Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 902.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. **A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 1. Jul. 2024.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 3. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 229.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito penal parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1v, p. 56.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 298-299.

MACHADO, Érica Babini Lapa. **A teoria dos bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Direito, 2016. Disponível hein: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/>

revistadedireito/article/view/904/1060. Acesso hein: 1 jul. 2024.

MOREIRA, Willian. Inadequação da tutela penal sobre o delito de bigamia. Jusbrasil. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/inadequacao-da-tutela-penal-sobre-o-delito-de-bigamia/1907631120>. Acesso em 1 jul. 2024.

PERILLO, Lorraine. **Por que dia de santo católico é feriado no Brasil? Quem define isso?**. UOL. 3 mar. 2023. Disponível hein: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/03/03/por-que-dia-de-santo-e-feriado-no-brasil-quem-define-isso.htm>. Acesso hein: 1 jul. 2024.

STF REJEITA RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. Supremo Tribunal Federal, 22 dez. 2020. Disponível hein: <https://portal.stf.jus.br/noticias/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637&ori=1>. Acesso em: 1 jul. 2024.

VETTORE, Rebecca. **Poligamia: onde uma pessoa com 8 mulheres poderia se casar oficialmente?**. UOL. 7 ab. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2022/04/07/4-paises-onde-a-poligamia-e-liberada-e-permita-por-lei-do-estado.htm>. Acesso em: 1 jul. 2024.