

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ARTIGOS 238 E 239 DO CÓDIGO PENAL:  
PELA DESNECESSIDADE DA PROTEÇÃO PENAL DO CASAMENTO**  
ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DEL CÓDIGO PENAL:  
POR LA DESNECESIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MATRIMONIO

*Gerson Faustino Rosa<sup>1</sup>*

*Gisele Mendes de Carvalho<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho 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, que não mais se coaduna com a atual função do sistema penal, criticando 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 lei penal, a ponto de vulgarizar todo o sistema jurídico-penal em razão de seu uso indiscriminado. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da política criminal relativa ao livre planejamento familiar, demonstrando o processo evolutivo do Estado Liberal até o atual Estado Constitucional Democrático em que vivemos, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares, como ocorre no Código Penal de 1940. Posteriormente, destaca-se a necessidade de se respeitar os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade antes de o legislador valer-se da ingerência penal para tutelar qualquer bem jurídico. Mais adiante, apresenta-se a importância do bem jurídico-penal, dando ênfase à família como bem jurídico categorial, em especial ao casamento monogâmico, lesionado quando do cometimento dos crimes de simulação de autoridade para a celebração de casamento e simulação de casamento. Assim, realiza-se uma análise crítica dos tipos penais inculpidos nos arts. 238 e 239 do Código Penal, criticando-se tal criminalização, tendo em vista tais delitos serem tipos penais subsidiários, perfeitamente prescindíveis no ordenamento jurídico-penal e 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:** Simulação de Autoridade; Simulação de Casamento; Intervenção Mínima; Proporcionalidade; Família.

**Resumen:** El presente artículo tiene por finalidad el análisis crítico y la explotación de un importante problema político-criminal de la actualidad: la criminalización de las conductas que afrontan el matrimonio, que no más se armonizan con la función del sistema penal, criticando la actividad desordenada del Poder Legislativo, que produce leyes penales para proteger bienes jurídicos pasibles de tutela por otras esferas del Derecho, valiéndose de la fuerza simbólico-comunicativa del Derecho penal desnecessariamente, ampliando en demasia el alcance de la ley penal, hasta el punto de vulgarizar todo el sistema jurídico-penal en virtud de su utilización indiscriminada. Para ello, en primer plano, este estudio trata de la política criminal relativa a la planificación familiar, demostrando el proceso evolutivo del Estado Liberal hasta el actual Estado Constitucional Democrático en el que vivimos, criticando el intervencionismo estatal en las cuestiones familiares, como ocurre en el Código Penal de

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal e Processual Penal na UNIESP de Presidente Prudente - SP, Investigador de Polícia no Estado do Paraná, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ e pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – PR, Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

<sup>2</sup> Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no UNICESUMAR. Doutora e Pós-doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá.

1940. Posteriormente, se destaca la necesidad de respetarse los principios de la intervención mínima, de la fragmentariedad, de la subsidiaridad y de la proporcionalidad antes de el legislador valerse de la injerencia penal para proteger cualquier bien jurídico. Más adelante, se presenta la importancia del bien jurídico-penal, enfatizándose la familia como bien jurídico categorial, especialmente el matrimonio monogámico, lesionado cuando se cometen los delitos de simulación de autoridad para la celebración del matrimonio y de simulación de matrimonio. De este modo, se realiza un análisis crítico de los tipos penales de los artículos 238 y 239 del Código Penal, criticándose dicha criminalización, teniéndose en cuenta que tales tipos son subsidiarios, perfectamente prescindibles en el ordenamiento jurídico-penal y pasibles de salvaguardia por el Derecho civil, que en la resolución de conflictos como éste, resulta mucho más eficaz que la intervención penal.

**Palabras-clave:** Simulación de Autoridad; Simulación de Matrimonio; Intervención Mínima; Proporcionalidad; Familia.

## 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 –, 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 como 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 as formações familiares, descortinando diametral oposição entre o que se faz na prática e o que se prevê nos códigos.

Modernamente, quando se vive a expectativa da elaboração de um novo Código Penal, que vem sendo debatido sob a promessa e a necessidade de compilar grande parte da legislação penal extravagante, a comissão de juristas responsável pelo Projeto de 2012 (PLS 236) silenciou acerca da criminalização dos crimes contra o casamento, atendendo à atual política legislativa segundo a qual não poderia se utilizar da ingerência penal para, indiretamente, trazer à atuação do Direito Penal problemas referentes ao livre planejamento familiar, uma vez que o Direito Civil, em especial o *novel* Direito das Famílias e, por vezes, o Direito Administrativo, tutelam de forma mais eficiente tais situações.

Demais disso, é indiscutível a grande e 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. Mas isso 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 de contra a família) e a gravidade da pena (criminalização das condutas simulação de autoridade para a celebração de casamento e simulação de casamento), propugna-se, neste estudo, que a tutela legal do casamento seja dada, em especial, mediante a descriminalização de tais delitos, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tais condutas, pois as presentes cominações penais, a pretexto de salvaguardá-la, prestam-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

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 a *dinastia*, indaga-se se seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da família, uma vez que o Direito Civil e o Direito Administrativo têm sido suficientes para a sua proteção, ao passo que o Direito Penal, ao intervir nas relações fraternais com intuito de salvaguardá-la, estaria ao contrário, lesionando-a.

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, o método dedutivo, através de

análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira, periódicos e demais documentos.

## **1 A REGULAÇÃO JURÍDICA DO CASAMENTO CIVIL: CONCEITO, FORMAS E EVOLUÇÃO DA SUA TUTELA LEGAL**

O instituto jurídico do casamento, herança européia 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 Estado<sup>3</sup>.

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 casamento tende a ter sua força mitigada em face da sociedade, dando ensejo às uniões paralelas, modalidades alternativas<sup>4</sup>, e o casamento, como viga mestra da estrutura familiar, redesenha-se para corresponder às expectativas dos novos casais.

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 se deve 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 moderna<sup>5</sup>.

Demais 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.

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Dimetri Braga Soares. *Direito de Família e Direitos Humanos*. Leme: EDIJUR, 2012, p. 69.

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>5</sup> 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 (*Vide* BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61).

Logo, constata-se que, quando se criminaliza a simulação de autoridade para a celebração do casamento e a simulação de casamento, 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 “administração pública” e a “fé pública”, pois se trata de uma fraude, de um engodo, ao sistema de registros públicos, de um atentado a certeza das relações jurídicas<sup>6</sup>, substituindo-se o verdadeiro pelo não verdadeiro.

Quanto ao casamento, que para alguns é apenas um contrato solene<sup>7</sup>, ou ainda para outros, uma instituição<sup>8</sup> 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.

## **2 A POLÍTICA CRIMINAL RELATIVA AO CASAMENTO E A ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA**

Imprescindível se falar, inicialmente, da relação existente entre Estado Constitucional de Direito e Estado Legal de Direito, relação esta de complementaridade, visto que o primeiro nada mais é do que o aperfeiçoamento do segundo, destacando-se naquele o papel da Constituição e da jurisdição constitucional<sup>9</sup>. Assim, melhor esclarecendo essa evolução, podem-se mencionar três etapas ou dimensões do Estado de Direito, às quais correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais<sup>10</sup>. No Estado liberal de Direito, são principalmente garantidas as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal<sup>11</sup>. Em 1789, com a Revolução Francesa e a conseqüente criação do Estado moderno, alimentam-se, com as ideias iluministas, os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos - consagrados na expressão *laissez faire, laissez-passer* - que irradiam seus

---

<sup>6</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 109-110.

<sup>7</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 40.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995, p. 3029.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

efeitos para outras dimensões da vida humana<sup>12</sup>, especialmente a familiar, quando se passa a renunciar ao absolutismo romano em favor da liberdade, da defesa do livre planejamento familiar, da redução do *pátrio poder* em prol do *pátrio dever*, da libertação da mulher em face do poder marital, da igualdade de direitos entre o marido e a mulher, da independência patrimonial, “desfechando-se claramente na dissolução do grupo parental em favor da autonomia individual<sup>13</sup>”.

Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não meramente formal, mas substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo, nascendo então o Estado Social de Direito, no qual objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social<sup>14</sup>. Essa figura do “Estado prestacionista”, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, almejou também corrigir as discrepâncias sofridas pela instituição familiar, que encontrava-se vitimizada pela instabilidade fraternal, pela redução das relações patrimoniais à simples obrigação alimentar e pelo conseqüente desaparecimento da “grande família”, substituída por “famílias pequenas e frágeis demais para resistir à absorção para a vida geral do grupo social<sup>15</sup>”.

Ao depois, surge o Estado Constitucional de Direito, quando se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais<sup>16</sup>. Em síntese, esse Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito, qual seja, o homem como centro onipresente da esfera política<sup>17</sup>.

Vem disso tudo, como não poderia deixar de ser, a decadência da família. E com deplorável detrimento da organização e disciplina sociais. Porque é a família que liga o

---

<sup>12</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>13</sup> LACERDA, Romão Côrtes de (in) HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII, p. 299.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 4-7.

<sup>15</sup> 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, p. 1-46.

<sup>16</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75-77.

<sup>17</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

indivíduo à sociedade universal dos homens, e é no seu seio, quando integrada no seu verdadeiro papel social, que se aprendem os primeiros ensinamentos religiosos e éticos, as primeiras noções do dever, do direito, da justiça e da equidade, do amor pela pátria e respeito às leis e à autoridade. É ela a plasmadora dos caracteres, a escola primária das virtudes morais e cívicas. É a mais relevante das instituições sociais, porque é o germe do agregado político, a *célula-mater* do Estado, do fator basilar da reprodução humana, da formação da individualidade interior, da firmeza e saúde do corpo social<sup>18</sup>.

Sob o influxo das idéias do século XIX, fundamentadas na Declaração dos Direitos do Homem, e no mais despejado materialismo, a família perdeu sua finalidade política e religiosa, subvertendo-se a sua antiga energia unitária<sup>19</sup>. Só em data recente é que os governos dos povos compreenderam que a decadência da família é a decadência do Estado e iniciaram uma política de reação em favor do instituto familiar. Era preciso amparar a família como núcleo protoplásmico do Estado<sup>20</sup>.

O Estado que até então consentira que a família fosse deixada praticamente à margem do Direito, como uma instituição isolada, sentiu a necessidade da contramarcha. Pois o indivíduo emancipado da família, ao invés de evoluir, involuiu, revelando-se incapaz, desigual, frágil diante de seu próximo<sup>21</sup>. Daí a nova política de reconstituição do indivíduo na família, que cumpria evitar a gradual anulação do grupo familiar, protegendo-o contra as causas de sua dissociação, reprimindo severamente todos os fatos capazes de comprometer o seu futuro ou de lesar a sua integridade e coesão.

Nesse contexto, atendendo aos valores ético-sociais presentes à época, bem como a necessidade de se resgatar a instituição familiar - até então abalada pelos excessos do liberalismo econômico -, o legislador penal não se manteve inerte e criminalizou as condutas de simulação de autoridade para celebração de casamento e a celebração de casamento, a pretexto de se proteger o casamento. No entanto, o que se vê é uma preocupação com a administração pública, com a fé pública, com a credibilidade dos assuntos do Estado, e não com a família.

---

<sup>18</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 174, em sua dialética entre a família e a sociedade afirma que, na formação do indivíduo, do *ser aí*, a família é a moral e a sociedade, a ética, incumbindo ao Estado proteger a sociedade e, por consequência, a família, uma vez que, em cada etapa está presente a etapa anterior, não podendo o Estado negar a família e nem a sociedade (suprassunção – *aufhebung*).

<sup>19</sup> No passado, a religião deu origem e estabeleceu a autoridade paterna e, portanto, a superioridade do homem, bem como a desconsideração da mulher, formando, assim, uma sociedade patriarcal (COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 56).

<sup>20</sup> HUNGRIA, Néilson. *Op. cit.*, p. 377.

<sup>21</sup> *Vide* Antonio Enrique Pérez Luño tratando da necessidade de intervenção do Estado para reduzir a desigualdade decorrente do liberalismo excessivo, resultante do período pós-Revolucionário (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 122).

Hodiernamente, quando se vive a expectativa da elaboração de um novo Código Penal, que vem sendo debatido sob a promessa da necessidade de compilar grande parte da legislação penal extravagante, a comissão de juristas responsável pelo anteprojeto silenciou acerca das criminalizações dos delitos contra o casamento, atendendo à atual política legislativa segundo a qual não poderia se utilizar da ingerência penal para, indiretamente, trazer ao Estado policial problemas referentes ao livre planejamento familiar, uma vez que o Direito Civil e, por vezes, o Direito Administrativo, tutelam eficientemente tais situações<sup>22</sup>.

Note-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 226, trouxe à luz o comando normativo de proteção à família, que tem como destinatário-subordinado o Estado (Poder Público) em todas as suas funções, cabendo-lhe a promoção da família, rechaçando todas as interferências de terceiros, além dele próprio abster-se de turbar os organismos familiares. E não é por motivos diversos que concorda-se aqui com o comando constitucional de proteção à família, em razão de sua essencialidade para a formação e desenvolvimento da personalidade humana e da sociedade, bem como, com a liberdade no planejamento familiar e o total respeito e atenção à paternidade responsável, igualmente exercida pelos pais. Todavia, não há como admitir a intervenção penal para “proteger” a *família*, uma vez que os bens jurídico-penais envolvidos já estão tutelados por outras criminalizações, conforme se demonstrará ao longo desse trabalho. E como assevera Hegel, “a família é o lugar em que, graças a seu ambiente específico, a personalidade se constitui. Isso significa que plena independência deve ser concedida a ela, livrando-a de regulamentações estatais que interfeririam no seu modo de funcionamento<sup>23</sup>”.

### **3. CRIMES CONTRA O CASAMENTO NO CÓDIGO PENAL DE 1940**

#### **3.1 SIMULAÇÃO DE AUTORIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO**

O tipo penal descrito no artigo 238, do Código Penal, trouxe o delito de simulação de autoridade para celebração de casamento, incriminando a autoatribuição falsa de autoridade

---

<sup>22</sup> Sobre a expansão do Direito Penal, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia, 2003 e HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, p. 635-646, 1993.

<sup>23</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio*. Trad. Paulo Meneses... [et al.]. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, p. 11-12.



para a celebração de matrimônio, cuja pena será de detenção de um a três anos se o fato não constituir crime mais grave.

Trata-se de outra 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 não integrava o projeto Alcântara Machado, mas foi posteriormente incorporada ao Código pela Comissão Revisora<sup>24</sup>. Também não foi contemplado pelo Código Penal italiano, fonte inspiradora do nosso *Codex*. Neste ponto, parece ter orientado-se o legislador penal pelo artigo 135, do Código Penal argentino de 1922<sup>25</sup>. A presente criminalização foi mantida pelo Código Penal de 1969 (art. 262) e pelo Anteprojeto de 1984 (art. 251). Todavia, desapareceu no Anteprojeto de 1999 e no atual (2011), que não prevê em sua parte especial infração penal semelhante<sup>26</sup>.

Constitui de delito expressamente subsidiário<sup>27</sup>, que opera de forma auxiliar, residual para as hipóteses que não integram o âmbito de proteção de outro dispositivo penal, denominado principal<sup>28</sup>. Poder-se-ia citar, como exemplo de crime principal, o delito de usurpação de função pública, previsto no artigo 328<sup>29</sup>, uma vez que, nos termos do artigo 327<sup>30</sup>, ambos do Código Penal, a função de juiz de paz integra o objeto de proteção do Direito Penal<sup>31</sup>. Outro exemplo de figura penal principal reside no artigo 215<sup>32</sup>, do Código Penal, que tipifica o delito de posse sexual mediante fraude, cabível aqui, em tese, sempre que a simulação de autoridade para a celebração do casamento, objetivar a realização de conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso<sup>33</sup>.

---

<sup>24</sup> A Comissão Revisora era integrada pelos magistrados Vieira Braga, Nélon Hungria e Narcélio de Queiroz, além de Roberto Lira, representante do Ministério Público.

<sup>25</sup> Artigo 135 - será punido com pena de reclusão de dois a seis anos: 1. A celebração de um casamento, quando, sabendo que há comprometimento que causa nulidade absoluta, esconde esse fato ao outro cônjuge; 2. O que enganando uma pessoa, simular e casar com ela.

<sup>26</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 941; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 778; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549.

<sup>27</sup> Art. 238 - Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave (*grifou-se*).

<sup>28</sup> A exposição de motivos do Código Penal, em seu item n.º 77, dispõe que “(...) fingir de autoridade para a celebração de casamento e simular casamento. Nestas duas últimas hipóteses, trata-se de crime subsidiário: só serão punidos por si mesmos quando não constituam participação em crime mais grave ou elemento de outro crime” (*grifou-se*). Neste sentido, *vide* também: PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 940; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779.

<sup>29</sup> Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

<sup>30</sup> Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (*grifou-se*).

<sup>31</sup> Neste sentido: NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 940.

<sup>32</sup> Art. 215. Ter 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: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

<sup>33</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 13.

Nesse sentido, Romão Cortes de Lacerda assevera que a presente criminalização representa uma forma especial de usurpação de função pública, punida com pena agravada, e deveria ter sido inserida nos crimes contra a Administração Pública<sup>34</sup>. Somente poderá ocorrer o presente delito quando o agente não reunir competência para a celebração do casamento.

O bem jurídico protegido é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial. Tutela-se também a regularidade formal do matrimônio, que historicamente tem sido a base da formação da família, a despeito da perda da importância na sociedade moderna, o tipo penal ainda tem como objetivo proteger particularmente a ordem matrimonial<sup>35</sup>.

Como mencionado, apesar de a intenção do legislador em tutelar a ordem matrimonial, o que se protege com a presente criminalização é a administração pública, especialmente em relação ao resguardo de sua probidade, correção e lisura no exercício da função administrativa<sup>36</sup>. Protege-se, então, além da administração pública, a *ratio legis* da incriminação<sup>37</sup>, posto que a objetividade jurídica específica do crime de simulação de autoridade está no *status* conjugal, que impõe a proibição de autoatribuição de autoridade para a celebração de casamento<sup>38</sup>.

Além da dupla ou até tripla criminalização, há o desrespeito à subsidiariedade do Direito Penal, motivo pelo qual também indaga-se acerca da construção da doutrina italiana que prega a necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, uma vez que, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo Direito das Famílias, que é, certamente, mais

---

<sup>34</sup> LACERDA, Romão Côrtes de. (in) HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 939; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 232; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 778; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 673; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 12; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 632; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1040; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>36</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 132; SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>37</sup> 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 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* (vide: CARVALHO, Gisele Mendes. *Op. cit.*, p. 67-68).

<sup>38</sup> FRISOLI, F. Paolo. *Op. cit.*, p. 26; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 771, leciona que ter o casamento como a *ratio legis* da incriminação é a orientação preferível.

sensível e proporcional aos anseios familiares<sup>39</sup>. Assim, em decorrência de o Direito Penal possuir maior força simbólico-comunicativa, esta deve ser preservada para a repressão das maiores violações aos bens jurídicos de maior valor, que dependem da intervenção penal<sup>40</sup>.

Em relação à família como bem jurídico-penal, é cediça sua grande importância para o Direito e para a sociedade, por isso, não se propugna aqui a exclusão da proteção familiar, nem a diminuição de sua relevância, mas somente a adequação da tutela legal, tendo em vista ser o Direito Penal instrumento inapto para protegê-la, mais ainda, em relação ao casamento ou à ordem matrimonial. Logo, a família deve deixar de ser considerada como um bem jurídico-penal, mas jamais deixará de ser um bem jurídico, pois é direito constitucional de todos, verdadeira base da sociedade, tutelada mais eficazmente pelo moderno Direito de Família, 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 penal nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar, mas ao contrário, prestam-se somente a segregar e manchar os laços fraternos.

Da mesma forma, em relação à tutela jurídico-penal da ordem matrimonial, propugna-se pela aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, intervenção esta que já se justifica para a proteção de bens jurídicos como a *fé pública* e a *administração pública*, mas não para a proteção do *casamento*, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, pois existem, como se demonstrou ao longo desse trabalho, diversas outras criminalizações perfazendo essa salvaguarda. E o melhor é que se evite a criação de delitos subsidiários, de “soldados de reserva”, de crimes de moldura, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem tornado-se, dia a dia, mais difícil de ser aplicado em decorrência disso<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 401-402 alerta que, na Argentina, ao discutir-se no Congresso a elaboração da lei penal (n.º 13.944) que criminalizava o descumprimento dos deveres familiares, surgiram algumas reservas sobre a necessidade de usar a ameaça criminal para o cumprimento dos deveres, tradicionalmente, mantidos e realizados no campo civil, cujas violações acarretam somente consequências de outro caráter.

<sup>40</sup> GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 39-42; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, 147;

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña... [et al.]. 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas. 2008, p. 63, neste sentido, leciona que “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias. Desta forma, condutas que alberguem comportamentos puramente antiéticos,

O sujeito ativo do delito de simulação de autoridade para a celebração de casamento pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, pois trata-se de crime comum. Basta que o agente se atribua autoridade para celebrar casamento, quando na verdade não a tem, independentemente de ser ou não funcionário público. Já os sujeitos passivos são o Estado e o cônjuge, ou os cônjuges, iludidos<sup>42</sup>. Insta salientar que é possível o concurso de agentes quando, por exemplo, um dos cônjuges une-se a terceiro que, em razão do conluio simula-se autoridade e celebra o matrimônio de seu comparsa com o outro consorte de boa fé. Neste caso, a falsa autoridade e o cônjuge que lhe ajudou - desde que solteiro, senão configura bigamia - deverão ser responsabilizados, em tese, pelo delito inculcado no artigo 238, do Código Penal.

A conduta incriminada está em *atribuir-se*, imputar-se, falsamente (com mentira, fingimento) autoridade para a celebração de casamento<sup>43</sup>. O agente proclama-se autoridade para a celebração do casamento. E essa autoatribuição falsa exige conduta inequívoca do agente, que procura demonstrar que a possui<sup>44</sup>.

Tendo em vista a significação social do matrimônio e a necessidade de se resguardar sua integridade, a cerimônia nupcial reveste-se de determinadas solenidades e deve ser pública. Assim, atendidos todos os requisitos exigidos pelo processo de habilitação, o oficial de registro civil deverá certificar os nubentes que estão habilitados para casar dentro de 90 dias, a contar da data de extração do certificado<sup>45</sup>. Munido da certidão, o casamento civil será realizado em dia, local e hora previamente designados pela autoridade celebrante, mediante pedido dos contraentes<sup>46</sup>.

---

imorais ou pecaminosos, por serem incompatíveis com o modelo de Estado atual e violarem a dignidade da pessoa humana, são absolutamente inconstitucionais”.

<sup>42</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 941-942; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 135; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 232; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 778-779; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 674; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 13; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 632; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1040.

<sup>43</sup> Não se pode falar aqui em *competência* como o fazem Noronha e Fragoso (Cf. GOMES NETO; F. A. *Op. cit.*, p. 231; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 135), considerando-se que, juridicamente, “competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos do poder judiciário” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1983, p. 324).

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 232-233; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 942; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 232-233.

<sup>45</sup> Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

<sup>46</sup> Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

É imprescindível para a regularidade do casamento que a celebração seja feita por autoridade competente, sob pena de anulação<sup>47</sup>. O Código Civil brasileiro não diz quem pode celebrar casamento, restando às legislações estaduais a indicação da autoridade. Na maioria dos Estados incumbe ao *juiz de paz* a realização do cerimonial, nos termos das respectivas leis de organização judiciária<sup>48</sup>.

Sabe-se que a celebração do casamento é da competência do juiz do lugar em que se processou a habilitação, todavia, não se caracteriza o delito em apreço a celebração de casamento por autoridade fora dos limites de sua circunscrição territorial, configurando mera irregularidade. A presença da autoridade celebrante é indispensável à realização do matrimônio, já que incumbe a ela declarar os nubentes casados, concorrendo para a constituição do vínculo matrimonial ao pronunciar a fórmula sacramental prevista no artigo 1.535, do Código Civil<sup>49</sup>.

Há quem defenda que não só o juiz, mas também o oficial do Registro Civil ser autoridade apta a celebrar casamentos e, conseqüentemente, o crime consistir em atribuir-se essa qualidade<sup>50</sup>. No entanto, o oficial não dispõe de autoridade para realizar casamento, incumbindo-lhe apenas lavrar o assento do matrimônio, depois de celebrado, no livro de registro, juntamente com o presidente do ato, os cônjuges e as testemunhas<sup>51</sup>. É o juiz quem preside o ato<sup>52</sup>, incumbindo-lhe a celebração do matrimônio e, após colher a afirmação dos nubentes de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará

---

<sup>47</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 312; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 942; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>48</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

<sup>49</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 942; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>50</sup> LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>51</sup> Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados: I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

<sup>52</sup> Sílvio de Salvo Venosa, discorrendo acerca da autoridade competente para a celebração do casamento, dispõe que no Estado de São Paulo, a autoridade competente para celebrar casamento ainda é o juiz de casamento, até quando o legislador organizar a justiça de paz, como determina a Constituição estadual. Já no Rio de Janeiro, é o juiz de Registro Civil. Em alguns Estados, o juiz de Direito, embora na maioria dos Estados a função seja atribuída ao juiz de paz. Essa autoridade, designada pela lei, não pode ser substituída por outra, ainda que de maior grau (exemplo: juiz de Direito, desembargador), salvo pelo seu substituto legal, sob pena de nulidade. O juiz de casamento competente é o do local onde foi processada a habilitação. Juiz de outro distrito será incompetente (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101).

efetuado o casamento<sup>53</sup>. Ou seja, enquanto o oficial do Registro assiste o ato, para reduzi-lo a termo e inscrevê-lo no registro devido, o juiz de paz o preside e recebe as declarações dos contraentes, efetuando o casamento<sup>54</sup>.

Logo, a conduta haverá de consistir em alguém se passar por juiz de paz, o que não impede que outrem, simultaneamente, se declare oficial de Registro ou escrivão sem o ser, o que configuraria o concurso de pessoas ou até, o delito descrito no artigo 328, do Código Penal<sup>55</sup>, caso o agente apenas simule ser oficial, usurpando o exercício de função pública<sup>56</sup>. Mais uma vez aproveita-se o ensejo para destacar a desnecessidade do artigo 238, do Código Penal, uma vez que poderia perfeitamente ter sua criminalização suprida pelo artigo 328, este sim, protegendo o verdadeiro bem jurídico ameaçado, qual seja, a administração pública.

Em razão de o Código Civil de 1916 dispor, em seu artigo 208, que o casamento celebrado perante autoridade incompetente é nulo, a doutrina tradicional segue desatualizada com a presente assertiva<sup>57</sup>. Entretanto, nos termos do artigo 1.550, VI, do atual Código Civil, é *anulável* o casamento contraído perante autoridade incompetente<sup>58</sup>. Lavrado o casamento no Registro Civil, existe juridicamente, mas pode ser declarado anulado se provado que seu celebrante era incompetente. Todavia, prevê o artigo 1.560, II, do Código Civil, que tal nulidade será considerada sanada, se não for alegada dentro do prazo decadencial de dois anos, contados da celebração.

Assim, se não for alegada e provada dentro do prazo fixado, o casamento convalesce do vício e não mais poderá ser infirmado. Tem-se aqui, exceção ao princípio da incurabilidade das nulidades, que encontra justificativa na prevalência do interesse dos filhos e dos consortes de boa fé, sendo preferível nessa hipótese, conservar a integridade do vínculo matrimonial<sup>59</sup>.

Segundo Luiz Regis Prado, a declaração da nulidade não impede a propositura da competente ação penal. Nesta senda, a convalidação do casamento não constitui causa

---

<sup>53</sup> Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados".

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943.

<sup>55</sup> Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

<sup>56</sup> Neste sentido: COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 136; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 942; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>57</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1067; GOMES NETO, F. A. *Op. cit.*, p. 230; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 312; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>58</sup> Art. 1.550. É anulável o casamento: VI - por incompetência da autoridade celebrante.

<sup>59</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 233.

extintiva da punibilidade e tampouco causa excludente do próprio delito. Conclui-se, portanto, que embora sanada a nulidade, subsistem o delito e a possibilidade de aplicação concreta da sanção penal correspondente<sup>60</sup>.

Ora, se em 1940 o legislado penal criminalizou a simulação de autoridade para a celebração de casamento para proteger a família como bem jurídico categorial, e em 2002 o novo Código Civil permitiu a convalidação do casamento – agora só anulável -, não há razão para a manutenção da figura típica em nosso ordenamento. Pois ao estarmos diante de uma família constituída, que optou por manter-se, apesar da celebração inicial irregular, o legislador não está protegendo-a ao criminalizar um dos cônjuges, mas ao contrário, ferindo-a, atingindo-a frontalmente, colocando em risco sua existência. Nesse passo, se o Direito Penal rege-se pelo princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, e se aqui não há proteção, mas lesão, não há como dito, mais razão para a manutenção da presente criminalização.

Em relação à expressão *falsamente*, tem-se um elemento normativo com referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação, uma vez que, embora presente no tipo, diz respeito à ilicitude<sup>61</sup>. Assim, se a atribuição não se reveste do caráter de falsidade, excluem-se a tipicidade e a ilicitude da conduta<sup>62</sup>.

O elemento subjetivo do tipo é constituído somente pelo dolo, que consiste na vontade livre e consciente de atribuir-se autoridade para celebração de casamento, realizando a conduta incriminada. Conquanto o delito quase sempre seja praticado com outros fins, contenta-se o elemento subjetivo com o dolo, mas outro escopo pode transmudá-lo em outro crime<sup>63</sup>.

Uma situação inusitada poderia ocorrer se o agente viesse a laborar em erro de tipo, imaginando ter competência para celebrar o ato, quando em verdade dela não dispõe. Nesse caso não estará praticando crime algum. Seria, por exemplo, o oficial do Registro Civil que se apresentasse para celebrar casamento, convencido de dispor de autoridade para tanto<sup>64</sup>.

Para a consumação do presente delito basta que o agente pratique ato próprio da autoridade que se atribui falsamente. Não é exigível que se efetive o casamento. Trata-se de

---

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943.

<sup>61</sup> Cf. CEREZO MIR, José. *Obras completas. Otros estudios*. Lima: ARA Editores, 2006, t. II, p. 131 e ss.

<sup>62</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943.

<sup>63</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 313; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943. Conforme já se mencionou, tendo em vista a intenção do agente, a simulação de autoridade para a realização de casamento poderá configurar, em tese, crime diverso do previsto no art. 238, do Código Penal, tal como o de estelionato (art. 171, CP) - quando o interesse do cônjuge trapaceiro for patrimonial -, ou o de posse sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal) – quando o fim do embusteiro for de ordem sexual etc.

<sup>64</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779.

crime formal, em que o legislador descreve a conduta (“atribuir-se falsamente autoridade”) e o resultado (“para a celebração do casamento”), sendo dispensável a realização desta última<sup>65</sup>.

Em havendo a completa celebração do matrimônio, poderá configurar o delito de simulação de casamento, previsto no artigo 239, do Código Penal. Também não haverá concurso formal entre os dois tipos penais (238 e 239, CP), uma vez que a simulação de autoridade para a celebração de casamento é expressamente subsidiário (“...se o fato não constitui crime mais grave”), e de fato, a proteção conferida ao bem jurídico pelo artigo 238 é residual, limitando-se às hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, de modo que o texto legal condiciona a aplicação à inaplicabilidade de outro<sup>66</sup>.

Assim, se o propósito do agente é a prática de outro delito, uma vez consumado este, afasta-se a aplicação concorrente do crime de simulação de autoridade para a celebração de casamento (*ubi major minor cessat*). Nesse caso, por exemplo, em que pese ser o delito em estudo modalidade especial de usurpação de função pública (artigo 328, CP), se o agente vem a auferir vantagem com a atribuição falsa de autoridade para a celebração de casamento responde, em razão do critério de subsidiariedade, pela forma qualificada acostada no parágrafo único do artigo 328, do Código Penal<sup>67</sup>.

A tentativa perfeitamente possível, pois como dito, apesar de formal (ou para uns, de mera conduta), nem sempre será unissubsistente, ou constituído por um único ato (*único actu perficiuntur*)<sup>68</sup>. Imagine, por exemplo, o agente que, ao sair de seu veículo vestido de juiz de paz e, dirigindo-se ao Cartório de Registro Civil para a realização da cerimônia matrimonial, é desmascarado antes mesmo de ingressar no recinto.

Comina-se ao delito descrito no artigo 238, do Código Penal, pena de detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave. Já a ação penal é pública incondicionada, iniciando-se com o recebimento da denúncia do Ministério Público pelo juiz.

---

<sup>65</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779. Diferentemente, há quem defenda tratar-se de delito de mera conduta (neste sentido: PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 314; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943), onde o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado. São crimes sem resultado, onde a lei penal se satisfaz com a simples atividade do agente (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 39).

<sup>66</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943-944; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779.

<sup>67</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 944.

<sup>68</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 314; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 943-944; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 549; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779. Diferentemente, há quem entenda, como Cezar Roberto Bitencourt, ser incabível a tentativa, afirmando que “...não se pode perder de vista que o tipo penal, por si só, já representa antecipação da punibilidade de condutas que não iriam além de simples atos preparatórios que, via de regra, não são puníveis. Com efeito, algumas vezes o legislador transforma esses atos em tipos penais especiais, fugindo à regra geral” (neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 233; SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1068; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 345).



### 3.2 SIMULAÇÃO DE CASAMENTO

O delito insculpido no artigo 239 do Código Penal incriminou a simulação de casamento mediante engano de outra pessoa, cuja pena será de detenção de um a três anos se o fato não constituir crime mais grave.

Trata-se de outra inovação incorporada ao ordenamento jurídico-penal pátrio pelo Código Penal em vigor (1940), uma vez que não constava da nossa legislação pretérita. Todavia, desapareceu no Anteprojeto de 1999 e no atual (2011), que não prevê em sua parte especial infração penal semelhante<sup>69</sup>.

Parece ter orientado-se o legislador penal pelo artigo 135, n.º 2, do Código Penal argentino de 1922<sup>70</sup>, adaptando o texto às peculiaridades da lei civil pátria. A simulação de casamento na Argentina surgiu, inicialmente, no projeto de 1881. O Projeto de Soler retirou o delito do capítulo de “crimes contra o estado civil” e o posicionou entre os delitos contra o pudor e a moralidade sexual, como meio para lograr o acesso carnal<sup>71</sup>.

É um caso de casamento aparente, pois não há matrimônio verdadeiro, pois se incrimina um ato que, na realidade, nada tem a ver com a alteração do estado civil das pessoas<sup>72</sup>. Segundo Sebastian Soler, este delito foi uma das pouco felizes iniciativas originadas no projeto Villegas-Ugarriga e Garcia, cuja fonte inspiradora foram os códigos alemão (1870) e chileno<sup>73</sup>.

Constitui delito expressamente subsidiário<sup>74</sup>, que opera de forma auxiliar, residual para as hipóteses que não integram o âmbito de proteção de outro dispositivo penal, denominado principal<sup>75</sup>, ainda que tentado. Poder-se-ia citar, como exemplo de crime principal, o delito de estelionato, descrito no artigo 171, do Código Penal<sup>76</sup>, quando lograr o

---

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 945; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550.

<sup>70</sup> Artigo 135 - será punido com pena de reclusão de dois a seis anos: 2. O que enganando uma pessoa, simular e casar com ela.

<sup>71</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550.

<sup>72</sup> SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 192; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550.

<sup>73</sup> SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>74</sup> Art. 239 – Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento crime mais grave (grifou-se).

<sup>75</sup> A exposição de motivos do Código Penal, em seu item n.º 77, dispõe que “(...) fingir de autoridade para a celebração de casamento e simular casamento. Nestas duas últimas hipóteses, trata-se de crime subsidiário: só serão punidos por si mesmos quando não constituam participação em crime mais grave ou elemento de outro crime” (*grifou-se*). Neste sentido, *vide* também: PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 945; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 779-780.

<sup>76</sup> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

agente a obtenção de vantagem patrimonial. Outro exemplo de figura penal principal reside no artigo 215, do Código Penal<sup>77</sup>, que tipifica o delito de posse sexual mediante fraude, cabível aqui, em tese, sempre que a simulação de casamento objetive a realização de conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso<sup>78</sup>.

Trata-se, pois, de mais uma incriminação desnecessária, que não atingiu o objetivo a que se propôs, qual seja, a proteção do casamento, como forma de se constituir a família. Uma vez que não há correlação protetora entre o disposto no artigo 239 e a regular constituição da família. Já os delitos citados como principais, estes sim prestam-se a tutelar bens jurídico-penais, tais como o patrimônio, a dignidade sexual e, conseqüentemente, a regular união das pessoas, suprimindo a necessidade da presente criminalização.

O bem jurídico protegido pela simulação de casamento é a regular formação da família, em particular a ordem matrimonial. Tutela-se também a regularidade formal do matrimônio, que historicamente tem sido a base da formação da família, a despeito da perda da importância na sociedade moderna, o tipo penal ainda tem como objetivo proteger, especialmente, a ordem matrimonial<sup>79</sup>.

Em relação à tutela jurídico-penal da ordem matrimonial realizada pelo presente delito, defende-se aqui, a aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que deve ser a *ultima ratio*, como instrumento protetor, digno do Estado Democrático e Social de Direito que é o Brasil (ou ao menos pretende sê-lo), um Direito Penal minimalista, sendo absolutamente desnecessário que criminalize condutas que não protejam qualquer bem jurídico-penal<sup>80</sup>, especialmente por já existirem diversas outras criminalizações perfazendo essa salvaguarda<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Art. 215. Ter 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: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

<sup>78</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 15; SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 192; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551.

<sup>79</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 945; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 235; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 679; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 633; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1041; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 464 e ss, assevera que, o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e utilidade da intervenção penal, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis a coexistência pacífica dos homens que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

<sup>81</sup> Sugere-se, neste sentido a subsidiariedade da criminalização de simulação de autoridade para a celebração de casamento (art. 238, CP) e de simulação de casamento (art. 239, CP), em face da existência do delito de usurpação de função pública (art. 328, CP), ou mesmo, dos crimes de estelionato (art. 171, CP) - 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.

O ideal é que se evite a criação de delitos subsidiários, inócuos, verdadeiros “soldados de reserva”, crimes de moldura<sup>82</sup>, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem se tornado, dia a dia, mais difícil de ser aplicado em decorrência disso<sup>83</sup>. Isso porque, o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa<sup>84</sup>.

No intuito de procurar evitar esse fenômeno, é conveniente ter-se em conta a capacidade ou aptidão da intervenção penal de ter um mínimo de eficácia. Em suma: respeitar-se o princípio da efetividade penal, entendido como a idoneidade concreta da tutela penal na preservação de bens jurídicos relevantes<sup>85</sup>.

O sujeito ativo do delito de simulação de casamento pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, pois trata-se de crime comum. Basta que o agente simule casamento, onde a *mise-en-scène* se faz quase sempre necessária. Normalmente será um dos nubentes, mas ao contrário do que afirmam Frágoso e Lacerda<sup>86</sup>, o delito pode existir sem que atue um dos contraentes como agente<sup>87</sup>. Neste sentido, via de regra, será o nubente o sujeito ativo, nada impedindo a coautoria do juiz, das testemunhas etc., sempre que não configurar delito mais grave. Podem, aliás, ser o magistrado e o oficial de registro Civil os autores, quando, então, os contraentes são enganados<sup>88</sup>. O representante legal (ascendente, tutor ou curador) será sujeito ativo quando seu consentimento for indispensável à celebração do casamento, desde que tenha conhecimento da simulação<sup>89</sup>.

Note-se que, como o crime pressupõe toda uma encenação, quase sempre será praticado em coautoria, muito embora não se trate de delito plurissubjetivo. Também é

---

<sup>82</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 550.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña... [et al.]. 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas. 2008, p. 63, neste sentido, leciona que “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias. Desta forma, condutas que alberguem comportamentos puramente antiéticos, imorais ou pecaminosos, por serem incompatíveis com o modelo de Estado atual e violarem a dignidade da pessoa humana, são absolutamente inconstitucionais”.

<sup>84</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 171.

<sup>85</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 152.

<sup>86</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 137; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>87</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 314; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 945.

<sup>88</sup> NORONHA. Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 314

<sup>89</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 235.

possível que ambos os nubentes sejam sujeitos ativos do delito<sup>90</sup>. Em suma, todos os que participarem do casamento, tendo ciência da simulação, serão havidos como coautores do delito<sup>91</sup>. A redação conferida ao dispositivo permite tal interpretação, já que não se exige que aquele que engane o outro contraente seja o mesmo que com ele simule casar<sup>92</sup>.

Sujeito passivo é, prioritariamente, a pessoa iludida, enganada. Pode ocorrer que ambos os nubentes estejam de boa fé, caso em que serão, simultaneamente, sujeitos passivos. É possível ainda, que sendo um dos contraentes incapaz, dependa do consentimento de um representante legal (pais, tutor, curador etc.) para contrair matrimônio, hipótese em que este também será sujeito passivo do crime<sup>93</sup>. O menor de dezesseis anos se presume sempre enganado, ainda que seja conivente, porque é absolutamente incapaz de consentir<sup>94</sup>.

Fala-se, ainda, no Estado como sujeito passivo secundário, mediato da presente criminalização<sup>95</sup>. Tal assertiva somente vem demonstrar que, 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 a certeza das relações jurídicas<sup>96</sup>, substituindo-se o verdadeiro pelo não verdadeiro<sup>97</sup>.

A conduta típica é simular casamento mediante engano de outra pessoa, de modo que o outro contraente fique enganado. Simular é fingir, enganar, dissimular, aparentar, disfarçar. Existe, na atuação do agente, a fraude – arдил ou artifício – que conduz o outro nubente ao engano, ao erro. Tenha-se, como exemplo, o indivíduo que ao invés de lavar ata e registrar o casamento, prepara outro documento, sem validade alguma, apenas semelhante ao verdadeiro<sup>98</sup>.

---

<sup>90</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780.

<sup>91</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 945-946.

<sup>92</sup> Diversamente, o Código penal argentino tipifica em seu art. 135, n.º 2, tão somente a conduta daquele que enganando uma pessoa, simular matrimônio com ela (*grifou-se*).

<sup>93</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 946; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 679; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; DELMANTO, Celso... [*et al.*]. *Op. cit.*, p. 633; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1041; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>94</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1068.

<sup>95</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 236; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 946; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>96</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 109-110.

<sup>97</sup> Nesse sentido, afirma-se que não se configurará o crime se os contraentes forem capazes para o ato e houverem concorrido para a simulação, por não haver aí engano de outra pessoa. Os interessados eram os contraentes, os únicos prejudicados, e por parte deles não houve engano ou fraude (SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1068; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 339).

<sup>98</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551.

É fingir casamento, é figurar como contraente de matrimônio numa farsa que resulte para o outro contraente a convicção de que está casando seriamente<sup>99</sup>. Todavia, constitui fator essencial para a caracterização do crime que a simulação tenha aparência de realidade, dotada de eficácia fraudulenta. É preciso que, pela escolha do local apropriado, pela intervenção de alguém que se apresente convincentemente como juiz de paz, pela presença de testemunhas autênticas, enfim, pela presença de todos os requisitos exteriores de tais cerimônias, haja condições para ludibriar a noiva e seu representante legal (quando existe necessidade do seu consentimento), pois o delito requer a *mise-en-scène*, dependendo da existência de artifícios e manobras aptos a persuadir. Portanto, é necessário também, o exame das condições socioculturais da vítima<sup>100</sup>.

Não se exige que o casamento simulado se realize perante autoridade incompetente. Destaca-se, além disso, que apesar da previsão legal constante do artigo 1.550, VI, do atual Código Civil, de que é *anulável* o casamento contraído perante autoridade incompetente<sup>101</sup>; e que, nos termos do artigo 1.560, II, do mesmo Código, tal nulidade será considerada sanada, se não for alegada dentro do prazo decadencial de dois anos, tais dispositivos não serão aplicáveis ao fato descrito no artigo 239 do Código Penal, pois o casamento simulado existe somente de fato, mas juridicamente é inexistente, e não anulável<sup>102</sup>. Logo, não poderá convalidar-se jamais. Poderá, no máximo, servir de marco inicial para a configuração de uma eventual união estável.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência do matrimônio, a propositura da ação penal não depende da declaração da nulidade do casamento aparente, tal como ocorre com o artigo 238, do Código Penal, onde o casamento existe e é anulável, passível de convalidação.

O elemento subjetivo do tipo é constituído somente pelo dolo, que consiste na vontade livre e consciente de simular casamento, mediante engano de outro contraente. Conquanto o delito quase sempre seja praticado com outros fins, contenta-se o elemento subjetivo com o dolo, mas outro escopo pode transmudá-lo em outro crime<sup>103</sup>. Assim,

---

<sup>99</sup> LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 339.

<sup>100</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 946; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 236; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 780; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 14; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 138; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 339; ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 644.

<sup>101</sup> Art. 1.550. É anulável o casamento: VI - por incompetência da autoridade celebrante.

<sup>102</sup> Neste sentido, José Henrique Pierangeli afirma que “aqui não existe casamento, apenas um simulacro dele, que não produz efeitos jurídicos” (PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551) (*grifou-se*).

<sup>103</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 314; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 15; SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 192; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 236.

conforme já se mencionou, tendo em vista a intenção do agente, a simulação de casamento poderá configurar, em tese, crime diverso do previsto no art. 239, do Código Penal, tal como o de estelionato (art. 171, CP) - quando o interesse do cônjuge trapaceiro for patrimonial -, ou o de posse sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal) – quando o fim do embusteiro for de ordem sexual. A simulação de casamento para a obtenção de visto de permanência no país constitui fraude à Lei de Estrangeiros e configura o crime previsto no artigo 125, XIII, da Lei nº. 6.815/1.980<sup>104</sup>.

Consuma-se o crime com a simulação do casamento, ou seja, com a realização da cerimônia falsa. É irrelevante que todos os atos necessários sejam fielmente cumpridos, vez que se trata de simulação, bastando que os atos perpetrados sejam capazes de iludir o nubente ou seu representante legal. A tentativa é perfeitamente possível, pois trata-se de delito plurissubsistente e, para sua consumação, o agente deve percorrer um longo *iter criminis*, o que possibilita sua interrupção<sup>105</sup>. Quando, por exemplo, após apresentar-se alguém como juiz e outrem como oficial do Registro Civil, tem início a cerimônia, que é interrompida prontamente por pessoa que revela ao enganado a encenação em curso<sup>106</sup>.

A pena cominada ao delito de simulação de casamento é de detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave<sup>107</sup>. Trata-se, como o anterior, de delito expressamente subsidiário, sendo a proteção conferida ao bem jurídico pelo artigo 239, residual, limitando-se às hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, de modo que o texto legal condiciona a aplicação à inaplicabilidade de outro<sup>108</sup>.

Assim, se o propósito do agente é a prática de outro delito (exemplo: estelionato, posse sexual mediante fraude etc.), depois de consumado, afasta-se a aplicação concorrente do crime de simulação de casamento (*ubi major minor cessat*)<sup>109</sup>.

A ação penal é pública incondicionada, iniciando-se com o recebimento da denúncia do Ministério Público pelo juiz.

---

<sup>104</sup> Art. 125, XIII - fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, laissez-passer, ou, quando exigido, visto de saída: Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

<sup>105</sup> SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 192; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 781; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 315; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>106</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947.

<sup>107</sup> Art. 239 – Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento crime mais grave (*grifou-se*).

<sup>108</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1068; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 551; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 781; SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>109</sup> PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 947.

## CONCLUSÕES

Ao Direito Penal foi dada a missão fundamental de desenvolver relevante papel na proteção da família, motivo pelo qual trouxe, em seu Título VII, a previsão dos crimes contra a família. Como facilmente se afere, inexistente algo mais fascinante e ao mesmo tempo misterioso que o fenômeno criminal. Não obstante, por vezes, o fato revele simplicidade, pode ele ensejar configurações que aguçam a mais excepcional das inteligências. O crime acontece no ventre social, porém, deve-se considerá-lo como um fenômeno eminentemente humano, afinal, o crime nasce com a humanidade. Houve já quem considerou o crime um fato normal, inerente à própria existência humana. 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.

Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogenéticos, vindos da própria constituição do delinquente ou do meio social em que vive -, pode conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático.

Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão da tutela penal da família, mais precisamente do casamento. Pois a família é o lugar em que, graças a seu ambiente específico, a personalidade se constitui, devendo-lhe ser concedida plena independência, livrando-a de regulamentações estatais que interfeririam no seu modo de funcionamento. Isso significa que a estirpe deve ser protegida, mas jamais através da ingerência penal. O Estado, ao agir assim, enfraquece os laços familiares, contribuindo para a dissolução da família, ou seja, diminuindo as suas condições de autonomia.

É manifesta a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, 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.

Com fulcro na relação de *desproporção* existente entre gravidade dos fatos (crimes contra o casamento) e gravidade da pena (criminalização da simulação de autoridade para a celebração de casamento e simulação de casamento), propugna-se, neste estudo, que a tutela à

família seja dada, em especial, mediante a descriminalização dos presentes delitos contra o casamento, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tal conduta, pois esta cominação, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça, pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

A descriminalização dos delitos inculpidos nos artigos 238 e 239 do Código Penal é um impensável imperativo nascido 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 subversão da instituição familiar, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor tornou-se absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias de controle e de assistência social, e para os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

Andou bem o legislador constituinte ao instituir a proteção constitucional da família, especialmente em razão de sua essencialidade para a formação e desenvolvimento da personalidade humana e da sociedade, bem como com a liberdade no planejamento familiar e o total respeito e atenção à paternidade responsável, igualmente exercida pelos pais. Todavia, não há como admitir a intervenção penal para “proteger” a *família*, uma vez que os bens jurídico-penais envolvidos, como demonstrado, já se encontram devidamente tutelados por outras criminalizações.

É intrigante a construção jurídico-doutrinária italiana pela necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, que nasceu com o Código Rocco, conforme demonstrado, quando se elevou tais direitos ao *status* de bens jurídico-penais, criminalizando-se as simulações de autoridade e de casamento uma vez que, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo *jus familiae*, que é, indubitavelmente, mais sensível e proporcional aos anseios da estirpe.

Nesta senda, o tipo descrito no artigo 238, do Código Penal trata-se de delito expressamente subsidiário, que opera de forma auxiliar, residual para as hipóteses que não integram o âmbito de proteção de outro dispositivo penal, denominado principal. Poder-se-ia citar, como exemplo de crime principal, o delito de usurpação de função pública, previsto no artigo 328, uma vez que, nos termos do artigo 327, ambos do Código Penal, a função de *juiz de paz* integra o objeto de proteção do Direito Penal. Representa, indubitavelmente, uma forma especial de usurpação de função pública, punida com pena agravada, e deveria ter sido inserida nos crimes contra a Administração Pública, não contra o casamento. Outro exemplo



de figura penal principal reside no artigo 215, do Código Penal, que tipifica o delito de posse sexual mediante fraude, cabível aqui, em tese, sempre que a simulação de autoridade para a celebração do casamento, objetivar a realização de conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso.

Assim, apesar de a intenção do legislador em tutelar a ordem matrimonial, o que se protege com a presente criminalização é a administração pública, especialmente em relação ao resguardo de sua probidade, correção e lisura no exercício da função administrativa. Além da administração pública, tutela-se a *ratio legis* da incriminação, posto que a objetividade jurídica específica do crime de simulação de autoridade está no *status* conjugal, que impõe a proibição de autoatribuição de autoridade para a celebração de casamento.

Além da dupla ou até tripla criminalização, há o desrespeito à subsidiariedade do Direito Penal, motivo pelo qual também indaga-se acerca da construção da doutrina italiana que prega a necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, uma vez que, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo Direito das Famílias, que é, certamente, mais sensível e proporcional aos anseios familiares. Assim, em decorrência de o Direito Penal possuir maior força simbólico-comunicativa, esta deve ser preservada para a repressão das maiores violações aos bens jurídicos de maior valor, que dependem da intervenção penal.

Em relação à tutela jurídico-penal da ordem matrimonial, propugna-se pela aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, intervenção esta que já se justifica para a proteção de bens jurídicos como a *fé pública* e a *administração pública*, mas não para a proteção do *casamento*, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, pois existem, como se demonstrou ao longo desse trabalho, diversas outras criminalizações perfazendo essa salvaguarda. E o melhor é que se evite a criação de delitos subsidiários, de “soldados de reserva”, de crimes de moldura, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem tornado-se, dia a dia, mais difícil de ser aplicado em decorrência disso.

Em relação à tutela jurídico-penal da ordem matrimonial realizada pelo artigo 239, do Código Penal, que pune a simulação de casamento, defende-se aqui, da mesma forma, a aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que deve ser a *ultima ratio*, como instrumento protetor, digno do Estado Democrático e Social de Direito que é o Brasil (ou ao menos pretende sê-lo), um Direito Penal minimalista, sendo absolutamente desnecessário que criminalize condutas que não protejam qualquer bem jurídico-penal.

Neste sentido, o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e utilidade da intervenção penal, estabelece que o Direito Penal deve atuar somente na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis a coexistência pacífica dos homens que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Especialmente por existirem, conforme demonstrado, diversas outras criminalizações perfazendo essa salvaguarda. É conveniente ter-se em conta a capacidade ou aptidão da intervenção penal de ter um mínimo de eficácia. Em suma: respeitar-se o princípio da efetividade penal, entendido como a idoneidade concreta da tutela penal na preservação de bens jurídicos relevantes.

Como dito anteriormente, o ideal é que se evite a criação de delitos subsidiários, inócuos, verdadeiros crimes de moldura, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a desnecessária inflação de leis penais e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, cada vez mais difícil de ser compreendido e estudado em decorrência disso. Até porque o uso excessivo da pena criminal não garante a maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001.
- BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- 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.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões: Política e Direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BOURGEOIS, Bernard. *La pensée politique de Hegel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1.

CANOTILHO, José Joaquim 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.

CEREZO MIR, José. *Obras completas. Otros estudios*. Lima: ARA Editores, 2006, t. II, p. 131.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 3.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000.

\_\_\_\_\_. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *RPCC*. 1996.

FRISOLI, F. Paolo. *L'oggetto della tutela penali nei reati contro il matrimonio*. Pola: Rocco, 1942.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.

\_\_\_\_\_. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio*. Trad. Paulo Meneses... [et al.]. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII.

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.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1983.

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

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.

MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4, t. 2.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de diritto penale italiano*. Turim: Editrice Torinese, 1950. v. 7.

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

\_\_\_\_\_. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4.

NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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 – 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

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

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Bem jurídico-penal e constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - artigos 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: 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.

\_\_\_\_\_. *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, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azeredo, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 5. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. São Paulo: Atlas, 2007.

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.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.