

**FRANCIELE NARCIZA MARTINS DE PAULA SANTOS LIMA**

***A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PENAL***

**Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Luiz Chemim Guimarães.**

**Co-orientador: Prof. Ricardo Rachid de Oliveira.**

**Curitiba  
2001**

**FRANCIELE NARCIZA MARTINS DE PAULA SANTOS LIMA**

***UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PENAL***

**Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:**

**Orientador: Prof. Luiz Chemim Guimarães**

**Co-orientador: Prof. Ricardo Rachid de Oliveira**

**Prof. Ítalo Tanaka**

**Curitiba  
2001**

# SUMÁRIO

<b>Resumo</b> .....	iv
<b>Introdução</b> .....	1
<b>Parte I – A família</b>	
1.1 As diversas concepções de família no direito .....	2
1.2 A família no contexto social e a função da Constituição Federal de 1988 .....	4
1.3 A visão moderna acerca da família .....	7
<b>Parte II – União estável (companheirismo) – uma espécie de família</b>	
2.1 O tratamento da união estável no Direito Brasileiro .....	9
2.2 Conceito .....	10
2.3 Características e requisitos .....	14
2.4 A posição da Jurisprudência .....	22
<b>Parte III – Aspectos relevantes da norma penal</b>	
3.1 A norma penal .....	25
3.2 Princípio da reserva legal .....	26
3.3 Interpretação - Analogia e interpretação analógica .....	31
3.4 Lei penal no tempo .....	37
3.5 Reflexo da Constituição Federal de 1988 no Direito Penal e tratamento anterior .....	43
<b>Parte IV – A união estável e o Direito Penal</b>	
4.1 As normas penais incriminadoras e não-incriminadoras relacionadas à união estável .....	47
4.2 A união estável como fator de maior reprovabilidade na conduta ....	56
4.3 Compatibilização do sistema penal com o texto constitucional .....	59
4.4 Resultado da analogia – propostas de alteração legislativa .....	62
<b>Parte V – Visão da união estável no Direito Penal: Conclusões</b> .....	67
<b>Referências bibliográficas</b> .....	68

## RESUMO

A realização deste estudo fundamenta-se, primordialmente, na análise dos reflexos da constitucionalização do Direito de Família, em especial quanto à união estável, no Direito Penal. Ocorre que a família vem sendo alvo de uma série de alterações nos últimos tempos, resultado de profundas mudanças ocorridas na sociedade, bem como do desaparecimento de determinados dogmas e princípios outrora considerados inatacáveis. Dessa forma, a abordagem da família, principalmente após a Constituição Federal de 1988, mudou, deixando de ser o casamento a única espécie de família. Nesse âmbito de profundas mudanças, é importante a análise dos reflexos no Direito Penal, uma vez que tal ramo do Direito também trata da família. O Código Penal cuida de certos delitos tendo como objeto jurídico a família (Título VII, da Parte Especial do Código Penal), além de tratar de aspectos descriminalizantes ou benéficos relacionados à família em dispositivos esparsos, como por exemplo a isenção de pena reconhecida ao cônjuge, na constância da sociedade conjugal, nos crimes não violentos contra o patrimônio (art. 181, do Código Penal), ou as causas de extinção da punibilidade relativas ao casamento da vítima com o agente, nos delitos contra o costume, ou com terceiro, também nos delitos contra o costume, sem violência ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal nos sessenta dias após a celebração do casamento (art. 107, incs. VII e VIII, do CP). Ainda, o Código Penal se refere ao casamento, única instituição que originava a família, antes da Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV (disposições gerais), do Título VI (crimes contra os costumes). Além da Constituição, leis posteriores passaram a tratar do tema da união estável (Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96), sem que qualquer alteração no Código penal fosse feita. Como cediço, o Código Penal entrou em vigor antes da Constituição Federal de 1988, e por isso deve ser revisto à sua luz, com a devida interpretação sistemática, levando em consideração os princípios norteadores do Direito Penal. Assim, observando o princípio da reserva legal, admite-se a analogia *in bonam partem* para o fim de integrar a norma penal não-incriminadora protetora do casamento e do cônjuge para abarcar os companheiros. Por outro lado, ante a vedação da analogia *in malam partem*, inadmissível a integração da norma incriminadora. Desta maneira, sem ferir os princípios do Direito Penal, é alcançada a efetividade da Constituição Federal.

## INTRODUÇÃO

O objetivo principal desse trabalho, intimamente relacionado à interpretação constitucional, diz respeito à possibilidade da família informal (constituída entre companheiros) poder ser equiparada à família formal (constituída pelo casamento) no Direito Penal.

Podem os companheiros igualar-se a casados para efeitos penais? As noções conceituais acerca da família, casamento, companheirismo e dos filhos são as mesmas para qualquer ramo do Direito, ou é possível uma perspectiva própria no Direito Penal a esse respeito?

Para responder tais questionamentos, estudar-se-á, em primeiro lugar, a família. Em seguida serão feitas considerações acerca da união estável, para depois serem analisados os aspectos penais atinentes à matéria. Por fim, será feito o cotejo entre a união estável e as lições de Direito Penal, estudando-se as consequências daí advindas.

Para tanto, adotar-se-á um conjunto plural e diversificado de métodos, compatíveis com a interdisciplinariedade do assunto, afastada a pretensão de busca da verdade.

A pesquisa inclui as técnicas de analogia e interpretação analógica, contraste e síntese dos achados teóricos, interpretação sistemática e, finalmente, pesquisa na doutrina, na jurisprudência e nos meios eletrônicos.

## PARTE I – A FAMÍLIA

### 1.1 As diversas concepções de família no direito

Hodiernamente a família, instituição social imprescindível, possui várias modalidades, reconhecidas sócio-juridicamente.

A família é a célula *mater* da sociedade, necessária para a sobrevivência humana, bem como fundamental para a organização e manutenção dos Estados. Tal importância está consagrada na Constituição Federal (art. 226, *caput*, da CF):

*“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.*

Preliminarmente, a família precisa ser vista como uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não resultante de uma ficção criada pelo homem. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “trata-se de um conjunto de pessoas que se vinculam pelo matrimônio, pelo companheirismo, pela filiação biológica, pela filiação socioafetiva”<sup>1</sup>.

É reflexo das diversas formações culturais, religiosas, sociais, econômicas e políticas, envolvendo, por isso, vários ramos do conhecimento.

Diante dessa idéia, enfocando a tendência moderna de personificação do direito de família<sup>2</sup>, Eduardo Cambi alerta que “é preciso ter cuidado com a plurissignificação da palavra família para que, ao tratar das questões jurídicas que a envolvem, não nos deixemos levar por equívocos ou pela ilusão de reproduzir na lei um modelo único de família”<sup>3</sup>.

No âmbito nacional, a família sofreu profundas e relevantes mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

Sob o aspecto tradicional, a família brasileira era constituída pelos pais e pelos filhos, unidos a partir de um casamento regulado pelo Estado.

---

<sup>1</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no Direito Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 24.

<sup>2</sup> Operada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Significa sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas.

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. vol. 4, São Paulo: RT, 1999, p. 126.

Por outro lado, a família sem casamento, baseada na afetividade, permaneceu por muito tempo ao desabrigo do sistema jurídico brasileiro, em decorrência principalmente do modelo de família tradicional adotado pelo codificador, que encarava a família informal “como um fenômeno de ruptura”<sup>4</sup>.

Contudo, a partir de 1988 a noção de família “se abriu, ampliando em direção a um conceito mais verdadeiro, impulsionado pela própria realidade”<sup>5</sup>, pois a desigualdade de direitos não poderia mais ter lugar.

Atualmente, por conseguinte, devido à constitucionalização do Direito Civil<sup>6</sup>, os vínculos familiares não se baseiam unicamente no casamento ou parentesco, conforme depreende-se do art. 226, da CF:

*§ 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.*

*§ 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.*

De acordo com Luiz Edson Fachin<sup>7</sup>, a pluralidade familiar caracteriza-se pela existência de uma família matrimonializada e de outra não matrimonializada, sendo que nesta tem assento a união estável, a união livre e a monoparentalidade.

Continua o autor esclarecendo que “a união estável liga-se a um padrão familiar próximo ao casamento, facultada a conversão em casamento, posto que suscetível de nele ser convertida; a união livre corresponde a uma associação informal não suscetível de conversão, e as famílias monoparentais são formadas em diversos modelos que não se resumem a pais e mães solteiras”<sup>8</sup>. Assim, casamento é mais que união estável, e esta é mais que união livre.

---

<sup>4</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 21.

<sup>6</sup> A Constituição Federal assume definitivamente papel central no ordenamento jurídico, abarcando vários princípios do Direito Civil, assim como de outros ramos, o que determina uma releitura com o intuito de compatibilização.

<sup>7</sup> FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do Direito de Família, Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 61.

Vale dizer, portanto, que o termo família apresenta pluralidade de conceituação, o que nem muitas vezes é captado com clareza pelos diversos ramos do Direito.

Assim, na legislação em matéria de imposto de renda, por exemplo, a família abrange o marido, a esposa, os filhos enquanto menores e as filhas enquanto solteiras, não incluindo outros parentes. Já em outro ramo do Direito, como no Direito Penal, o significado do vocábulo família pode ser outro, o que impõe a necessidade de interpretação.

Nessa perspectiva, é imprescindível avaliar com cuidado as mudanças operadas pelo texto constitucional.

## **1.2 A família no contexto social e a função da Constituição Federal de 1988**

Não é demais repetir que a família possui relação íntima com a sociedade, pois a desagregação da primeira importa no desaparecimento da segunda. Via de conseqüência, a Constituição Federal considera a família como a base da sociedade, pontuando a interdependência entre família e sociedade, impondo proteção estatal ao organismo familiar.

Sem família não há sociedade. Para perdurar, historicamente a família desempenhou várias funções<sup>9</sup>.

Nesse contexto, referindo-se à importância da família como fator de autonomia e soberania estatal, bem como do papel do Estado no resguardo da família, Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que “a coesão familiar, tão necessária para o desenvolvimento sadio e regular dos integrantes do organismo, exerce papel de relevo na família contemporânea, mormente diante de uma série de fatores que vêm abalando as estruturas sociais existentes e ameaçando a segurança familiar”<sup>10</sup>.

Desde 1934 os textos constitucionais brasileiros vêm se preocupando com a família, estabelecendo princípios e regras que comandaram toda a legislação infraconstitucional sobre o tema. Contudo, como retro mencionado, somente o

---

<sup>9</sup> Religiosa (cultos desempenhados pelos mais velhos), política (chefe de família conduzia o voto coletivo nas deliberações políticas), biológica (procriação para perpetuação da espécie), psicológica (educação), econômica (auto-subsistência).



casamento era elemento formador e legitimador da família, uma vez que o companheirismo era ignorado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o estigma do companheirismo deixou de existir. Foi um marco na evolução do ordenamento jurídico, pois ao enunciar a igualdade entre os cônjuges e a equiparação de qualificação todos os filhos, independente da origem, ocasionou uma alteração substancial em matéria de família.

Tal proteção estatal é atribuída à família porque possui papel importante na promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, consoante o art. 1º, inc. III, da CF.

A propósito, Gustavo Tepedino considera que “o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e de reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”<sup>11</sup>.

Aduz o mesmo autor que a família deixa de ter um valor intrínseco, pois somente é protegida na medida em que seja instrumento de desenvolvimento dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes. Via de consequência, altera-se o conceito de unidade familiar.

Referindo-se a essas mudanças trazidas pela Constituição e às críticas feitas sobre o eventual enfraquecimento do casamento, em virtude do reconhecimento da união estável, Guilherme Calmon Nogueira da Gama alude que “a Constituição Federal veio a atender aos anseios sociais no sentido de se modernizar, adequando-se à realidade social, sem no entanto deixar de adotar como norma principiológica o reconhecimento da família e do casamento como fundamentais no contexto nacional, merecedores de proteção do Estado que, ao contrário do que muitos pregam, deve envidar esforços no sentido de estimular a vida familiar saudável, responsável, independentemente da forma de sua

---

<sup>10</sup> GAMA, G.C.N.da, *op. cit.*, p. 31.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349.

constituição, sempre tendo como norte a busca do engrandecimento moral, material, cultural do organismo familiar e de cada um dos seus integrantes”<sup>12</sup>.

Antes mesmo de ser reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, a união estável já era realidade sociológica. A família brasileira deixou de ter como fonte única e exclusiva o casamento civil ou o religioso com efeitos civis. O companheirismo e a monoparentalidade foram finalmente reconhecidas como espécies de família.

Evidentemente não houve equiparação das uniões estáveis às uniões matrimoniais, do contrário seria despicienda a parte final do art. 226, § 3º, da CF, que prevê a conversão da união estável em casamento.

“Em todas as ocasiões em que a família seja merecedora de tutela estatal, no sentido do seu resguardo contra estranhos e mesmo em relação ao Poder Público, tal proteção abrange não apenas as famílias matrimoniais como também as famílias extramatrimoniais (companheirismo e monoparentalidade biológica ou adotiva)”.

Assim, quando a união matrimonializada merecer proteção do Estado, a união estável também merecerá, pois também é entidade familiar. A proteção do Estado também abrange a preservação do companheirismo, no sentido moral e material, impondo à sociedade o respeito à nova família.

Nesse diapasão, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que deve ser feita uma releitura dos dispositivos anteriormente vigentes, “para que se passe a entender que, se neles estava escrito exclusivamente cônjuge, deve-se entender abranger também aqueles que vivem em regime de união estável”<sup>13</sup>. Completa que se a nova Constituição Federal não modificou todos os textos anteriormente vigentes, pelo menos significou um novo veto interpretativo.

“Portanto, normas preexistentes à nova Constituição Federal devem ser relidas e reentendidas, à luz desta nova mentalidade; e as inconstitucionais não devem ser aplicadas”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 73.

<sup>13</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A proteção de natureza cautelar aos direitos dos conviventes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999, p. 402.

<sup>14</sup> Idem, p. 403.

Constatada a omissão da lei a esse respeito, referindo-se, por exemplo, somente a casamento (ou aos cônjuges), ao Poder Judiciário incumbe suprir a omissão legislativa para reconhecer como também protegida a união estável. No mesmo sentido devem agir aos juízes se a lei for discriminatória, privilegiando as pessoas casadas.

### 1.3 A visão moderna acerca da família

Diante do exposto, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma completa reformulação do conceito jurídico de família, consagrando o pluralismo em matéria de relações familiares a fim de render-se à realidade do quadro multifacetário da sociedade brasileira.

A família hoje pode nascer do casamento civil, do casamento religioso, da união estável e pode consistir no conjunto de um dos ascendentes e do ascendente<sup>15</sup>. Para Ana Carla Harmatiuk Matos, “de um modelo de grande família, passou-se à família nuclear; de sua função reprodutiva e produtora, a família começa a ser o berço afetivo em contraposição às hostilidades vivenciadas nas relações externas da sociedade moderna urbanizada”<sup>16</sup>. Fala-se agora da família pós-nuclear, constituída por um dos pais e os filhos, ou por casais sem filhos.

As mudanças na família foram externas (em suas relações com a sociedade e com o Estado), mas também internas (entre os seus partícipes). Modernamente o grupo familiar se reduziu numericamente, bem como na sua coesão, eis que por vezes a mulher exerce atividades fora do lar e os filhos adquirem independência mais cedo.

Para Caio Mário essas mudanças também geram problemas sociais, suscitando cada vez mais a proteção estatal. Na expressão desse autor, “como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Conforme aulas ministradas na UFPR, 5º Diurno, ano 2001, o Prof. Luiz Edson Fachin entende que a família pode ser constituída também por irmãos.

<sup>16</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 98.

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20.

Operou-se o já citado fenômeno da “repersonalização da família”<sup>18</sup>, eis que restou valorizada a pessoa humana. Tutelando a família, o Estado tutela o ser humano.

Nesse sentido, Eduardo Cambi observa que “não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade”<sup>19</sup>.

Vale dizer que, em sendo plural e flexível, a família não está mais necessariamente ligada ao casamento, pois a Constituição Federal apreendeu a família sob o ponto de vista sociológico, que não admite esse conceito unitário.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que “os sentimentos de solidariedade, afeição, respeito, carinho, compreensão, comunhão de corpos e almas substituem os fatores autoritários, tiranos, materialistas, no contexto das relações familiares”<sup>20</sup>.

Conclui o mesmo autor que “desse modo, a visão moderna a respeito das relações familiares é dissociada dos valores ultrapassados, estanques, materiais e profundamente patrimoniais d’outrora, remetendo aos elementos subjetivos a constituição e manutenção das famílias, independentemente da origem, formal ou informal”<sup>21</sup>.

Em decorrência desse quadro, previamente cabe analisar as características dessa entidade familiar informal, denominada pela Constituição de união estável, para em seguida apontar os aspectos penais atinentes à matéria.

---

<sup>18</sup> Consagra-se a chamada concepção eudemonista da família, ou seja, a família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem. Não é mais tutelada como ente transcendental (como bem em si mesma).

<sup>19</sup> CAMBI, E, op. cit., p. 133.

<sup>20</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 68.

<sup>21</sup> Idem, p. 69.

## **PARTE II – UNIÃO ESTÁVEL (COMPANHEIRISMO) – UMA ESPÉCIE DE FAMÍLIA**

### **2.1 O tratamento da união estável no Direito Brasileiro**

Analizadas as questões relativas à família e ao tratamento constitucional, antes de se abordar os contornos penais na sua tutela da família informal, inevitável que se explicitem os seus aspectos conceituais e estruturais, apontando a posição da doutrina e da jurisprudência sobre a união estável.

A legislação veio mudando paulatinamente, passando a reconhecer certos efeitos positivos aos companheiros, alterando a sistemática existente.

Nesse sentido a jurisprudência desempenhou importante papel, pois através de suas construções a união estável foi equiparada a uma sociedade de fato<sup>22</sup>.

Do mesmo modo também contribuíram as lições doutrinárias acerca do tema. Num primeiro momento, havia a rejeição pura e simples, tendo em vista o pensamento dominante na época da elaboração do Código Civil. Em seguida, o legislador passa a conferir direitos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a união estável já produzia efeitos importantes. Nesse diapasão podem ser citadas as Leis nº 4.717/42 e 963/49, que vieram permitir o reconhecimento do filho adulterino fora do casamento após a sua dissolução.

A legislação previdenciária, que reconheceu a família ilegítima e colocou a concubina como beneficiária, também precedeu a Carta Magna. A própria Lei do Divórcio conferiu legitimidade à relação concubinária<sup>23</sup>.

Inúmeras outras construções, doutrinárias e principalmente jurisprudenciais se encarregaram de reconhecer alguns efeitos à relação concubinária.

---

<sup>22</sup> Algumas contribuições da jurisprudência serão analisadas no Capítulo 2.4.

<sup>23</sup> Ver art. 45.

Em seguida, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável, ao lado da família monoparental e da família matrimonializada<sup>24</sup>.

Finalmente, o legislador editou as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. A primeira regulamentou o direito a alimentos entre os companheiros e questões sucessórias, enquanto que a última traçou os contornos da união estável.

## 2.2 Conceito

Em virtude da informalidade da família constituída através do companheirismo, indispensável a sua delimitação conceitual e terminológica, uma vez que não pode ser confundida com outras espécies de uniões extramatrimoniais.

Tradicionalmente a terminologia adotada foi variada, mesmo após a Constituição Federal, com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

No Código Civil<sup>25</sup> verifica-se o emprego do termo concubina para fins de impor restrições, sem mencionar o concubino, denotando uma opção marcadamente machista de preservar o sexo masculino.

No Brasil outras denominações também foram adotadas, como “concubinato puro”, “concubinato impuro”, “união formal”, “casamento de fato”, “união livre”, “sociedade de fato”, “família natural”, “companheirato”.

Carmen Lucia Silveira Ramos adota a expressão “família sem casamento”<sup>26</sup>, em que pese abranger também as famílias monoparentais.

Atualmente as designações união estável e companheirismo são preferidas, sobretudo para evitar a carga depreciativa e negativa do termo concubinato<sup>27</sup>. Em que pese ser “concubinato” o termo mais comum no Direito, o tratamento discriminatório produzido por ele não pode persistir, principalmente diante do princípio constitucional da igualdade.

Para Luiz Edson Fachin, a questão da denominação “não é apenas semântica, é histórica, cultural e jurídica”<sup>28</sup>. Nesse sentido também entende Eduardo Cambi, aduzindo que a expressão concubinato “não é adequada para revelar a

---

<sup>24</sup> Tema já analisado.

<sup>25</sup> Ver arts. 1.719, inc. III; 1.177; 248, inc. IV; 1.474.

<sup>26</sup> RAMOS, C. L. S. op. cit., p. 39.

<sup>27</sup> Apesar dessa afirmação, convém alertar que as denominações originais usadas pelos autores serão mantidas.

<sup>28</sup> FACHIN, L. E. op. cit., p. 62.

preocupação do moderno direito de família de tutelar as entidades familiares extramatrimoniais”<sup>29</sup>.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama prefere a expressão companheirismo a união estável porque, “em primeiro lugar, casamento e união estável não são o mesmo instituto, a despeito de serem espécies de família. Além disso, o adjetivo ‘estável’ não serve como elemento diferenciador entre os dois institutos, sob pena de incorrer no risco de se considerar o casamento como ‘união instável’”<sup>30</sup>.

Continua dizendo que, “em segundo lugar, não se deve designar um instituto valendo-se simplesmente de uma ou várias de suas características, quando o termo ‘companheirismo’ é mais apropriado para designar o instituto, mormente pela prevalência do elemento anímico (afeição, sentimento nobre), indispensável para a formação e continuidade da família informal”<sup>31</sup>. Acrescenta, ainda, que o termo companheirismo está sendo consagrado paulatinamente na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

Assim, para ele os participantes dessa entidade familiar devem ser chamados de companheiros, não se confundindo com concubinos.

Tradicionalmente o concubinato era visto como uma união espúria, de convivência clandestina, ilegítima, não tendo, portanto, respaldo quanto aos seus efeitos. Essa união não poderia ser confundida com o companheirismo, decorrente de casamentos realizados no exterior sem registro no Brasil, de casamentos religiosos sem efeitos civis ou de uniões extramatrimoniais mantidas entre pessoas desquitadas (impedidas de contraírem matrimônio, diante da indissolubilidade do vínculo matrimonial), ao qual a jurisprudência passou a reconhecer direitos.

Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a distinção acima é de extrema importância para a “delimitação do alcance dos efeitos jurídicos positivos ou negativos aplicáveis, no que se refere à proteção estatal à família formada nos moldes constitucionais”<sup>32</sup>.

A doutrina também distingue o concubinato puro do impuro, sendo que no primeiro a convivência não é adúltera, nem incestuosa, enquanto que no segundo

---

<sup>29</sup> CAMBI, E. op. cit., p. 129.

<sup>30</sup> Nesse sentido é o entendimento de CAMBI, E. op. cit., p. 131.

<sup>31</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 88 e ss.

pode ser adúltera, desleal ou incestuosa. O critério diferenciador, portanto, é a existência ou inexistência de impedimento matrimonial ou circunstancial. De acordo com Luiz Edson Fachin<sup>33</sup>, não há mais sentido tal divisão do concubinato.

A distinção entre concubina e companheira leva em consideração o convívio entre o casal, existente na segunda hipótese. Além disso, no companheirismo as pessoas precisam estar desimpedidas, o que não ocorre no concubinato. Assim, apenas o companheirismo é considerado espécie de família, perdendo sentido a diferenciação entre concubinato puro e impuro.

Em sentido contrário entende Sílvio Rodrigues<sup>34</sup>, para quem não há diferença entre concubinato e união estável.

Eduardo Cambi<sup>35</sup> diferencia concubinato de união estável com base no critério da afetividade, núcleo conceitual da noção moderna de família. Então, concubina seria aquela mulher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar, e companheira seria aquela com quem o varão, separado de fato ou de direito da esposa, e vice-versa, mantém convivência *more uxorio*.

Como a proteção do direito de família deve recair sobre a afetividade, somente as uniões matrimonializadas ou de convivência *more uxorio* estão abarcadas, devendo ser repelida a tutela dos vínculos clandestinos.

Vários termos procuram representar a união do homem e da mulher, uns com sentido mais ou menos profundo e outros simbolizando a mera aproximação sexual.

Sob tal aspecto, Maria da Graça M. S. Soromenho Pires considera que “semi-casamento é quando há posse do estado de casado, com entrosamento de vida e de interesses, uma comunhão de fato; amigação significando toda ligação do homem, com a mulher fora do casamento; mancebia se resume no aspecto sexual, com alguma assistência econômica ou compensação à mulher”<sup>36</sup>. Continua a autora, observando que “concubinato é a união livre do homem e da mulher, coabitando como cônjuges e na aparência geral de casados, isto é, de marido e mulher”.

---

<sup>32</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>33</sup> FACHIN, L. E. *op. cit.*, p. 64.

<sup>34</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de família*. Vol. 6, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 260.

<sup>35</sup> CAMBI, E. *op. cit.*, p. 131.

<sup>36</sup> PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. *O Concubinato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13.



A Constituição Federal, como anteriormente citado, reconheceu o companheirismo como espécie de família, designando-o de união estável.

Não é demais repetir que Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>37</sup> não concorda com tal denominação, pois o legislador estaria afirmando que o casamento legítimo não é uma união estável. Pelo contrário, casamento e companheirismo constituem união estável. Portanto, para ele o adjetivo “estável” não serve como elemento diferenciador do casamento. Por esses motivos, o autor conclui que o termo que deve ser empregado é o de companheirismo.

Maria da Graça M. S. Soromenho Pires<sup>38</sup> também considera a expressão companheira mais adequada, diferenciando-a da concubina, com base na “honestidade” da relação.

No tocante ao conceito, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 são omissas<sup>39</sup>, limitando-se a apresentar alguns elementos que a união deve conter para alcançar proteção. Assim, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.278/96:

*“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.*

De acordo com Débora Gozzo, constituem união estável “as pessoas que mantiverem uma relação duradoura e constante, com o intuito de constituir uma família, independentemente de serem separadas única e exclusivamente de fato”<sup>40</sup>.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, companheirismo é “a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida e d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável”. Arremata que “a) o companheirismo é espécie de família; b) trata-se de união extramatrimonial, fulcrada na ligação afetiva e sentimental entre os

---

<sup>37</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 98.

<sup>38</sup> PIRES, M. da G. M. S. S. op. cit., p. 8.

<sup>39</sup> Tal atitude é louvável, sob pena de engessamento jurisprudencial.

<sup>40</sup> GOZZO, Débora. *O patrimônio dos conviventes na união estável*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999, p. 93.

companheiros; c) não houve equiparação com o casamento para efeitos internos da relação familiar”<sup>41</sup>.

Na concepção de José Lamartine e Ferreira Muniz, “o concubinato é a comunhão de vida em que dominam essencialmente relações de sentimentos e de interesses da vida em conjunto que se estendem ao campo econômico”<sup>42</sup>.

### 2.3 Características e requisitos

Analisando o texto legal, verifica-se a presença de vários elementos necessários para a caracterização da união estável. Na doutrina a matéria é controversa, não divergindo, entretanto, nos pontos básicos.

Assim, para Basílio de Oliveira concorrem os seguintes fatores: “a) coabitação em convivência *more uxorio*, sob o mesmo teto; b) ausência de qualquer formalidade, dependendo a união tão somente da vontade e do consenso; c) cumprimento voluntário do dever moral de fidelidade; d) continuidade de vida estável e duradoura; e) relação monogâmica; f) *affectio maritalis* ou sentimento de amor e amizade entre o homem e a mulher”<sup>43</sup>.

Rejane Brasil Filippi entende que a união deve ser estável, ou seja, “com intenção de permanência quanto ao vínculo, sem a obrigação, porém, de ser perene”<sup>44</sup>. Integra o laço afetivo a lealdade e o reconhecimento social da comunidade que abriga o casal.

Pinto Ferreira<sup>45</sup> apresenta como requisitos essenciais a notoriedade, a fidelidade e a continuidade de relações.

Maria Helena Diniz afirma que são elementos essenciais: “a) continuidade das relações sexuais, desde que presente entre outros aspectos, a estabilidade, ligação permanente para fins essenciais à vida social, ou seja, aparência de casamento; b) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros; c) notoriedade de afeições recíprocas, afirmando não ser concubinato se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais; d)

---

<sup>41</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 85.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 82.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato e a Constituição Atual*. Rio de Janeiro: BVZ, 1992, p. 5.

<sup>44</sup> FILIPPE, Rejane Brasil. *Regime de Bens e Alimentos*. Revista do Advogado, n. 41, p. 18, 1993.

<sup>45</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 104.

honorabilidade, reclamando união respeitável entre os parceiros; e) fidelidade presumida da mulher ao amásio, que revela a intenção de vida em comum; f) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter aparência de casamento, com ressalva à Súmula 382<sup>46</sup>.

Segundo Sílvio Rodrigues<sup>47</sup>, o elemento essencial para a configuração do concubinato é a fidelidade recíproca, pois revela o propósito da vida em comum. Como acessórios, ou seja, como elementos que facilitam a prova, o autor cita a notoriedade da união, a dependência econômica da mulher ao homem e a vida em comum sob o mesmo teto.

Washington de Barros Monteiro<sup>48</sup>, por sua vez, entende que é necessária a vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento.

Para Maria da Graça M. S. Soromenho Pires<sup>49</sup>, os pressupostos da união estável<sup>50</sup> são a união entre um homem e uma mulher, a comunidade de vida e interesse, a estabilidade, a fidelidade, a notoriedade, a intenção de *affectio maritalis*, a posse de estado e a dependência econômica.

Edmar de Oliveira Ciciliati<sup>51</sup>, ao tratar desse tema, entende que a caracterização do instituto depende de elementos objetivos (diversidade de sexos, durabilidade, continuidade, publicidade e fidelidade) e de um elemento subjetivo (*affectio maritalis*).

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>52</sup>, “podem ser identificadas as seguintes características do companheirismo: a) finalidade de constituição de família; b) estabilidade; c) unicidade de vínculo; d) notoriedade; e) continuidade; f) ausência de formalismos”. Os requisitos<sup>53</sup> são, para o mesmo autor: “I) requisitos objetivos: a) diversidade de sexos; b) ausência de impedimentos

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 5º vol., 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 223 e ss.

<sup>47</sup> RODRIGUES, S. op. cit., p. 223 e 224.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito de Família*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 15 e 16.

<sup>49</sup> PIRES, M. da G. M. S. S. op. cit., p. 17 e ss.

<sup>50</sup> Relevante ressaltar que a autora diferencia o concubinato em sentido impróprio e próprio, sendo este o configurador da união estável.

<sup>51</sup> CICILIATI, Edmar de Oliveira. *União estável: elementos objetivos e subjetivos para sua caracterização*. Revista Jurídica FADAP, São Paulo, nº 2, 1999, p. 158 e ss.

<sup>52</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 100.

<sup>53</sup> Importante ressaltar a diferença entre característica e requisito, pois a primeira diz com os atributos, com as qualidades inerentes; enquanto que o segundo relaciona-se com os pressupostos, verificados no plano da existência, validade e regularidade.

matrimoniais; c) comunhão de vida; d) lapso temporal de convivência; II) requisitos subjetivos: a) convivência *more uxório*; b) *affectio maritalis*<sup>54</sup>.

A união extramatrimonial entre um homem e uma mulher, para se caracterizar como união estável, precisa **objetivar a constituição de uma família**, fundada nas relações de afeto e de solidariedade. Assim, as uniões esporádicas ou de pessoas totalmente descompromissadas entre si nunca poderão ser uniões companheiras.

Por expressa disposição legal, a união deverá ser **estável**, ou seja, duradoura, não efêmera, não passageira, não podendo ser formada a título meramente experimental. Deverá, portanto, ser sólida, construída em bases sedimentadas, não formada pela simples atração sexual ou desejo instintivo.

Para José Lamartine e Ferreira Muniz<sup>55</sup>, a comunhão de vida reclama relações estáveis e contínuas do tipo conjugal, além da ausência de casamento.

Quanto ao lapso temporal exigido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>56</sup> faz uma interessante analogia. Partindo das premissas de que a Lei n° 9.278/96 é omissa e de que a Constituição Federal de 1988, em matéria de casamento, a despeito da ausência de requisito temporal para sua configuração, na hipótese de sua dissolução (divórcio) fundada na separação de fato do casal, expressamente diminui para dois anos o período temporal, no sentido de autorizar o divórcio direto, o autor conclui que tal prazo seria também razoável para a solidez e estabilidade da união. Se dois anos é razoável para a perda da *affectio maritalis* na união matrimonial, o é para a aquisição de estabilidade na união extramatrimonial.

No entanto, é pertinente advertir que o lapso temporal não serve, por si só, como critério para aferir a estabilidade da relação. Ao seu lado, faz-se indispensável a coexistência de outros requisitos.

Ainda, como característica, tem-se a **unicidade de vínculo**, eis que a monogamia é a característica própria de todas as uniões entre homem e mulher que constituem família. Na opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “caso um dos partícipes já possua vínculo anterior, matrimonial ou não, ainda que não

---

<sup>54</sup> Na esteira desse autor, serão analisadas as características e em seguida os requisitos, não obstante o registro da opinião de outros autores, que só vêm enriquecer o trabalho.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F., op. cit., p. 84.

<sup>56</sup> GAMA, G. C. N. da., *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 106.

rompido, a nova união será necessariamente concubinária, e não fundada no companheirismo<sup>57</sup>, estando fora da aplicação da norma constitucional, portanto<sup>58</sup>.

Além de estável, monogâmica e fonte geradora da família, a união estável deve ser notória, no sentido de ser reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito de pessoas, como a união de um homem e de uma mulher como se casados fossem.

Significa dizer que a comunhão de vida entre os companheiros é reconhecível aos olhos das outras pessoas. O elemento decisivo para se julgar notório a união estável é a aparência da vida conjugal ou familiar. Vê-se que a notoriedade não é apreciada em si mesma, mas, antes, “é encarada como uma qualidade de comunhão de vida; uma comunhão de vida que não se dissimula”<sup>59</sup>.

Para Edmar de Oliveira Ciciliati a publicidade é exigida pela Lei de 96. Portanto, “não basta a presença de encontros eventuais, furtivos, mesmo que tenham durabilidade e continuidade. Torna-se necessário ainda que a relação seja pública, não-clandestina”<sup>60</sup>. Até porque se houver interesse na ocultação da relação, fica clara a inexistência da *affectio familiae*.

Por outro lado, a publicidade deve ser vista como prova de existência da união, não como elemento formador simplesmente, uma vez que os outros elementos devem estar presentes. Como não conta com documento que a constitua, a união estável adquire fisionomia na realidade fática.

Notoriedade e publicidade não se confundem para Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>61</sup>, pois basta que a união seja conhecida por alguns, não necessitando que seja tornada pública.

Para configurar o companheirismo a união deve ser ainda contínua, ininterrupta, protraindo-se no tempo sem lapsos. Vale dizer, “deve ser permanente, não no sentido de perpetuidade, mas sim para efeito de verificação da solidez do vínculo, que não deve estar sujeito a abalos por força de intempéries comum na vida a dois”<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Ressalte-se a diferença, acima apontada, que o autor faz entre concubinato e companheirismo.

<sup>58</sup> CICILIATI, E. de O. op. cit., p. 108.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F., op. cit., p. 87.

<sup>60</sup> CICILIATI, E. de O. op. cit., p. 165.

<sup>61</sup> GAMA, G. C. N. da., *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 111.

<sup>62</sup> Idem, p. 111.

Se a continuidade não fosse uma das características do companheirismo, haveria uma completa insegurança jurídica na sociedade no que toca às relações jurídicas mantidas entre os companheiros.

Diante da informalidade do companheirismo, não apenas na constituição como também na extinção, a separação de fato entre os companheirismos é indicativa da dissolução da união extramatrimonial anteriormente constituída. Mas não é qualquer separação que implicará na consideração da falta de continuidade, cabendo ao julgador, na apreciação do caso concreto, verificar se houve ou não ruptura da união.

Por fim, tem-se a característica da **ausência de formalismo**, pois inexistente qualquer obrigatoriedade aos partícipes da relação extramatrimonial de se sujeitarem às regras formais relativas ao casamento ou a qualquer outro ato solene para a constituição do companheirismo. A constituição do companheirismo exige, assim, o mútuo consentimento.

Além dessas características, Guilherme Calmon Nogueira da Gama aponta, como retro mencionado, a presença de requisitos objetivos e subjetivos.

O primeiro requisito objetivo apontado pelo autor é a **diversidade de sexos**<sup>63</sup>, que decorre de norma constitucional<sup>64</sup>, uma vez que a união estável somente pode ser constituída por um casal. É pressuposto fundamental para a formação e manutenção do organismo familiar.

Maria da Graça M. S. Soromenho Pires<sup>65</sup> acrescenta que como a união estável é uma imitação do casamento, da mesma forma exige a diversidade de sexos.

O segundo requisito objetivo é a **ausência de impedimentos matrimoniais** e o terceiro é a **comunhão de vida**<sup>66</sup>.

O último requisito objetivo elencado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama é o **lapso temporal de convivência**, que deve ser de, no mínimo, dois anos.

---

<sup>63</sup> É evidente que no tema das uniões homossexuais, em face da realidade social, o legislador não poderá permanecer inerte por muito tempo. Mas de qualquer forma, a regulamentação de tais relações não será nos exatos termos do que se entende por união estável, mas sim visando basicamente ao resguardo de questões patrimoniais.

<sup>64</sup> Em que pese a Constituição Federal ter deixado para a legislação ordinária e para a interpretação jurisprudencial a definição exata da união estável.

<sup>65</sup> PIRES, M. da G. M. S. S. op. cit., p. 18.

<sup>66</sup> Como esses temas são discutidos na jurisprudência, serão abordados com mais vagar no Capítulo 2.4.

Para ele esse prazo é razoável e plausível para se aferir a estabilidade da união, uma vez que é o critério utilizado pela Constituição Federal para análise da instabilidade do casamento, no caso da separação de fato<sup>67</sup>.

Autores como Edmar de Oliveira Ciciliati<sup>68</sup>, fulcram tal requisito no art. 1º da Lei nº 9.278/96, denominando-o de durabilidade. Ao contrário da Lei nº 8.971/94, que exigia tempo mínimo de cinco anos de convivência para que um companheiro pudesse exigir alimentos do outro, salvo na existência de prole comum, a Lei de 96 patrocinou entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de não condicionar o reconhecimento da união estável exclusivamente ao período de duração do relacionamento<sup>69</sup>.

O legislador deixou ao critério dos juízes e tribunais o poder-dever de verificar no caso concreto a caracterização ou não da relação, objetivando as características da relação familiar.

A estabilidade da relação verifica-se *a posteriori*. Seu prolongamento no tempo é que fornecerá a evidência dela. “O concubinato regular é estável, porque está durando algum tempo ou porque durou algum tempo”<sup>70</sup>.

Não pode se olvidar, todavia, que os elementos da união estável estão intrinsecamente interligados, de maneira que o conceito temporal não pode estar dissociado dos demais. A relação precisa ser contínua, e só pode ser contínuo aquilo que tem alguma durabilidade. Não é um mero relacionamento temporário, mesmo com componente sexual, que caracterizará a união estável. A aparência de convivência como se casados fossem deve existir, e sem durabilidade não há o que se pensar em união estável. Além disso, a duração prolongada exterioriza a relação, dando-lhe publicidade.

Dessa forma, o aspecto temporal funciona como uma das provas dos efeitos da relação, não simplesmente como um requisito para a produção dos efeitos<sup>71</sup>. É elemento componente, mas não pode ser dissociado dos demais.

---

<sup>67</sup> Lição já comentada.

<sup>68</sup> CICILIATI, E. de O. op. cit., p. 160.

<sup>69</sup> Alguns autores defendem a idéia de que a Lei de 94 não teria sido revogada pela Lei de 96 nesse aspecto, entendendo que permanece a exigência de cinco anos ou prole comum.

<sup>70</sup> PIRES, M. da G. M. S. S. op. cit., p. 20.

<sup>71</sup> CICILIATI, E. de O. op. cit., p. 162.

A continuidade constitui elemento objetivo formador da união estável para Edmar de Oliveira Ciciliati<sup>72</sup>, também expresso em lei. Dessa sorte, a relação não poderá sofrer significativa solução de continuidade, “mormente porque é até intuitivo afirmar que havendo separações prolongadas, verdadeiros rompimentos com reatamentos posteriores após longo tempo afastado estará o requisito anterior, que é o da duração, evidenciando-se, aqui, nos períodos de separação prolongada a perda da *affectio maritalis*, um dos requisitos subjetivos que, também por isso, jogaria por terra a existência da união estável”<sup>73</sup>.

Por outro lado, interrupções breves, normais em todo o relacionamento, não retiram, por si só, as características da união estável. O que importa é verificar se a separação determinou o fim do requisito subjetivo. Não pode ser diferente tal entendimento, pois até mesmo no casamento, instituto “parâmetro” para a união estável, a separação de fato não autoriza a separação ou o divórcio, sendo imprescindível a manifestação da impossibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal.

Além desses elementos objetivos apontados por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, há, para Edmar de Oliveira Ciciliati<sup>74</sup>, a fidelidade, que constitui traço diferenciador entre a união estável e aquela transitória que praticamente não gera direitos. A união estável tem o caráter familiar e, por conseguinte, não admite a dissociação do conceito moral que indiscutivelmente pauta as relações familiares na sociedade. Assim, não é possível a poligamia, mesmo porque não seria justificável a Constituição pretender converter uma relação destituída de fidelidade em casamento, que exige-a como dever conjugal.

Dessa forma, viola a moral e o senso comum a existência da chamada “relação aberta”, em que se permitem relações sexuais com terceiros. Não obstante, é dever dos conviventes o respeito mútuo, que por óbvio inclui a fidelidade recíproca.

Por fim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que existem dois requisitos subjetivos, a convivência *more uxorio* e a *affectio maritalis*.

---

<sup>72</sup> Idem, p. 161.

<sup>73</sup> Idem, p. 163.

<sup>74</sup> Idem, p. 164.



Existe **convivência *more uxório*** quanto presente a “intenção de vida em comum dos companheiros sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem, com demonstrações recíprocas de tratamento afetuoso, respeitoso e compreensivo, e exteriorização desse comportamento, proporcionando o conhecimento da relação a todos que porventura possam manter contato com os partícipes da união”<sup>75</sup>.

O *animus* dos companheiros de manterem vida em comum é exteriorizado através dos deveres de coabitação, de auxílio moral e material, e de fidelidade.

Por fim, a ***affectio maritalis***, ou *animus* de constituir família, representa “o elemento volitivo, a intenção dos companheiros se unirem em virtude de sentimentos nobres, recíprocos, desinteressados, congregando solidariedade, afeição, carinho, respeito, compreensão, enfim, o germe e o alimento para a constituição e manutenção da família informal”<sup>76</sup>.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>77</sup>, a existência do tratamento recíproco como se casados fossem não implica na presença da *affectio maritalis*, apesar de, em regra, estarem ambos presentes.

Edmar de Oliveira Ciciliati também vislumbra como requisito subjetivo caracterizador da união estável a *affectio maritalis*. É a vontade das partes de viverem como marido e mulher, de constituírem família.

A união deve estar pautada por relações sentimentais e de vida em conjunto, demonstrando vínculo íntimo entre os companheiros. Sem vontade livre e comunhão de interesses não há união estável.

Feitas essas considerações acerca dos elementos necessários para a configuração da união estável, oportuno analisar a posição da jurisprudência acerca do tema<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 127.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>78</sup> Não é demais repetir que não é o fim desse trabalho analisar os efeitos da união estável no âmbito do Direito Civil (alimentos, sucessão, direitos e deveres dos companheiros etc). Em razão disso, apenas a abordagem dos aspectos conceituais e dos requisitos da união estável é necessária para o estudo dos seus efeitos no Direito Penal.

## 2.4 A posição da Jurisprudência

No que concerne ao conceito e principalmente aos requisitos da união estável, cabe a análise de outros dois elementos exigidos por parte da doutrina e da jurisprudência, quais sejam a inexistência de impedimentos para o casamento e a convivência sob o mesmo teto.

Quanto ao primeiro, decorre do próprio texto legal que uma das finalidades básicas da união estável é a probabilidade de sua conversão em casamento. A Constituição Federal, ao prever a facilitação da conversão, pressupõe que os companheiros tenham condições de contrair casamento, para pronta conversão.

“Em outras palavras, a Constituição objetivou que os companheiros ou já estivessem desimpedidos em sentido amplo, ou em condições objetivas e subjetivas de se liberarem (veja-se, v. g., a hipótese do casado, separado de fato há dois anos, que pode prontamente obter o divórcio direto; ou a hipótese do separado judicialmente, nesse estado há um ano)”<sup>79</sup>.

Assim, para o companheirismo não é indispensável que os companheiros sejam solteiros, mas que estejam aptas a se liberarem de eventual estado civil que as impeça de contrair matrimônio. Nesse passo, as pessoas casadas, mas separadas de fato há pelo menos dois anos, ou separadas judicialmente há pelo menos um ano, podem constituir união estável. Em razão disso Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>80</sup> aduz que deve ser exigido o prazo mínimo de dois anos para o reconhecimento do instituto. A Constituição Federal, portanto, não limita o companheirismo aos solteiros, divorciados e viúvos, abrangendo os separados judicialmente e separados de fato.

Diante do exposto, persiste como requisito objetivo a inexistência de impedimentos matrimoniais. No entanto, tal requisito deve ser interpretado com moderação, pois não são todos os impedimentos matrimoniais que impedem o reconhecimento da união estável.

Por evidente não se pode conceber uma união estável entre um homem ou uma mulher casados que tenham e mantenham família e, ao mesmo tempo, mantenha o relacionamento com outra pessoa. Não só porque afasta os requisitos

---

<sup>79</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 118.

da publicidade e da continuidade, mas também porque contraria a finalidade do instituto, já que impede a constituição de uma família. Com maior razão não se vislumbra união estável em relação incestuosa.

O legislador não elencou como requisito a inexistência de impedimentos matrimoniais, mas por óbvio uma relação adúltera ou incestuosa vai de encontro a princípios éticos e morais que decorrem do próprio direito natural.

O mesmo não se pode dizer da situação existente entre dois companheiros ou um de um deles que seja, embora casado, separado de fato de modo a possibilitar, quanto à união, a durabilidade, a continuidade e a publicidade exigidas.

Como consequência, deve-se deixar para cada caso a análise da situação, afastando, somente a princípio, a impossibilidade de formação de união estável nos casos de cônjuges separados de fato.

Da mesma forma não cabe mais exigir o outro requisito mencionado pela doutrina e pela jurisprudência, a convivência *more uxório*, seja porque a lei não prevê, seja porque nos dias atuais até mesmo no casamento não se mostra como possível tal situação.

Para José Lamartine e Ferreira Muniz<sup>80</sup>, a vida em comum exigida para a configuração da união estável não afasta a possibilidade de os companheiros decidirem manter residências separadas. A unidade de residências é um elemento de prova, não um requisito.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama considera a comunhão de vida como sendo um requisito objetivo da união estável, significando a convivência dos companheiros sob o mesmo teto, abrangendo a efetiva prática de relações sexuais. O autor diferencia tal exigência do requisito subjetivo da convivência *more uxório*, aduzindo que “é perfeitamente viável que um homem e uma mulher habitem a mesma residência, inclusive com relacionamento sexual com certa frequência, mas conservem suas vidas de maneira completamente independente, não possuindo um projeto de vida em comum, estando ausente, pois, o elemento anímico”<sup>82</sup>. Contudo,

---

<sup>80</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>81</sup> OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F., *op. cit.*, p. 83.

<sup>82</sup> GAMA, G. C. N. da., p. 122.

admite a mitigação do requisito da comunhão de vida, desde que haja motivo justificado.

Para Rodrigo da Cunha Pereira<sup>83</sup> a coabitação não pode mais ser considerada requisito essencial, o que é corroborado pela Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal:

*“A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato”.*

As leis referentes ao assunto não fazem menção à obrigação de mesma residência. A expressão “convivência duradoura” do art. 1º da Lei nº 9.278/96 não implica necessariamente em habitação comum.

Perante esse quadro, pode-se perceber que a jurisprudência e a doutrina têm aos poucos absorvido e traduzido, ainda que com retrocessos, as mudanças operadas pela realidade social, estabelecendo novos entendimentos, construindo novas concepções, com o objetivo de reconhecer os valores consagrados pelo texto constitucional.

Partindo das observações feitas acerca da evolução constitucional e da conceituação da união estável, oportuno tecer considerações sobre os aspectos penais relevantes para a apresentação da idéia defendida no presente trabalho.

## PARTE III – ASPECTOS RELEVANTES DA NORMA PENAL

### 3.1 A norma penal

Previamente, para melhor desenvolvimento do tema proposto, cabe analisar alguns aspectos da norma penal.

De acordo com Luiz Alberto Machado<sup>84</sup>, a norma penal é imperativa (obrigatória), valorativa (valora a conduta humana, escolhendo dentre os comportamentos humanos ilícitos, os mais graves) e estatal (provém do poder de legislar do Estado).

Como toda norma, a penal contém um preceito (proibitivo: não matar, não furtar; ou imperativo: dever de prestar socorro) e uma sanção (carrega em si a reposição, a imposição de um castigo), que na parte geral, não é expressa e se aplica ao poder público, impedindo-o de exercer o *ius puniendi*.

A norma penal pode ser incriminadora (hipotiza a futura conduta criminosa e comina a sanção correspondente), integradora (esclarece ou limita o âmbito de incidência das normas penais em sentido estrito) ou permissiva (admite a incidência das normas incriminadoras, como nos casos de legítima defesa e de estado de necessidade).

Quanto aos destinatários da norma penal, existem três correntes: a primeira pretende que seja a coletividade, a segunda os juízes, e a terceira entende que o preceito dirige-se à coletividade e a sanção aos juízes. Em relação aos inimputáveis, entende-se<sup>85</sup> que são destinatários também, pois são cidadãos e a eles pode ser imposta a medida de segurança (espécie de sanção penal).

Tendo em vistas tais considerações acerca da norma penal, tratar-se-á dos princípios<sup>86</sup> pertinentes à presente monografia.

---

<sup>83</sup> PEREIRA, R. da. C. op. cit., p. 46.

<sup>84</sup> MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal, Parte Geral*. São Paulo: RT, 1987, p. 45.

<sup>85</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 47.

<sup>86</sup> No ponto 3.2 trataremos do princípio da reserva legal e no 3.4 do princípio da anterioridade. Cabe ressaltar, ainda, a menção pela doutrina (MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do Direito Penal. In: *Ciência Penal, Coletânea de Estudos em Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba: JM, 1999, p. 322 e ss.) do princípio da igualdade, pelo qual o Direito Penal seria igual para todos, pois todos os cidadãos estão protegidos das ofensas causadas aos bens essenciais, ao passo em que todos os violadores das normas penalmente sancionadas podem converte-se em sujeitos do processo penal. No

### 3.2 O princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal é tradicionalmente enunciado pela expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege* (“não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina e a estabeleça”), formulada por Feuerbach.

De acordo com o princípio, a lei deve definir exatamente e de modo bem delimitado a conduta proibida, pois é a única fonte de criação dos delitos e das penas. Dessa forma, o arbítrio judicial, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito não podem instituir delitos ou penas.

Pelo princípio, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime.

Para Mirabete<sup>87</sup>, o postulado básico inclui o princípio da anterioridade da lei penal no relativo ao crime e à pena. “Somente poderá ser aplicada ao criminoso pena que esteja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado”. E conclui que “trata-se, pois, de dupla garantia, de ordem criminal (*nullum crimen sine praevia lege*) e penal (*nulla poena sine praevia lege*)”.

Luiz Luisi<sup>88</sup> observa que o princípio da legalidade se desdobraria em três postulados: reserva legal (quanto às fontes), determinação taxativa (quanto à enunciação das normas) e irretroatividade (quanto à validade das disposições penais no tempo)<sup>89</sup>.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Paulo José da Costa Jr.<sup>90</sup>, observando que enquanto o princípio da reserva legal se refere às fontes do direito penal, o princípio da determinação taxativa deverá estar presente no instante de elaboração técnica da norma penal. Acrescenta ainda a diferença existente entre taxatividade e determinação, aduzindo que a primeira constitui a limitação externa do

---

entanto, tal princípio é criticado pois na realidade o sistema jurídico-penal caracteriza-se como protetor de desigualdades e das injustiças da ordem estabelecida.

<sup>87</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 56.

<sup>88</sup> LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

<sup>89</sup> A determinação taxativa e a irretroatividade serão analisadas a seguir.

<sup>90</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30.

tipo, impedindo que ele abranja hipóteses não compreendidas em sua dimensão normativa abstrata, enquanto que a Segunda opera no interior do tipo.

Francisco de Assis Toledo<sup>91</sup>, por sua vez, considera que o princípio da legalidade possui quatro desdobramentos: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade), *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário<sup>92</sup>), *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia *in malam partem*) e *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (proibição de leis penais indeterminadas).

O princípio da legalidade surgiu, para a doutrina majoritária<sup>93</sup>, na Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra<sup>94</sup>. Não obstante, na Idade Média permitia-se a criação de crime por meio de analogia, do arbítrio judicial e do arbítrio do rei. Somente no século XVIII que Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis” (1748), dando seqüência às idéias de Locke, desenvolveu a teoria da separação dos poderes, proibindo a analogia penal. Para ele, somente a lei poderia proibir, e o que não é proibido é permitido.

Beccaria também entende que somente o legislador pode fixar as penas de cada delito.

Todavia, o princípio da reserva legal passou a ter os contornos que tem hodiernamente apenas na legislação austríaca de 1787. Sua expansão deve-se à Revolução Francesa, que consagrou-o no art. 8º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (26 de agosto de 1789), nos seguintes termos:

*“ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.*

---

<sup>91</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

<sup>92</sup> Importante ressaltar a opinião do autor quanto ao uso do direito costumeiro no Direito Penal: “Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa suprallegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte de direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente de fato” (op. cit., p. 25).

<sup>93</sup> Há quem diga que seu surgimento deu-se no direito ibérico, nas Cortes de Leão, em 1186, no reinado de Afonso IX.

No Brasil está previsto constitucionalmente desde 1824. Atualmente está consagrado no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, caracterizando verdadeira limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais:

*“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.*

Também tem previsão no art. 1º do Código Penal:

*“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.*

Alguns países não adotam o princípio da reserva legal, como a Inglaterra (o costume é a fonte de criação das normas incriminadoras) e a Escócia (admite o emprego da analogia como fonte).

O princípio da reserva legal é uma garantia constitucional, uma liberdade pública clássica que limita juridicamente o poder estatal. Seu fundamento político, segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>95</sup>, é garantir a proteção da pessoa contra o arbítrio do poder punitivo estatal.

O conteúdo do tipo penal incriminador é fixado pelo princípio da reserva legal. A incriminação genérica, vaga e indeterminada de certos fatos viola esse princípio. Ademais, de acordo com o princípio da taxatividade ou determinação, o tipo penal deve estabelecer o mínimo necessário para se identificar aquilo que é penalmente lícito.

Paulo da Costa Jr ressalta que nada impede que “o tipo contenha integrantes normativas, desde que desprovidas de termos vagos, redundantes ou de caráter meramente emocional”<sup>96</sup>.

A determinação taxativa é dirigida ao legislador, que não pode elaborar tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas. A linguagem deve ser rigorosa e uniforme. De nada adianta a lei penal ser prévia se

---

<sup>94</sup> Pelo art. 39, nenhum homem livre podia ser punido senão pela “lei da terra”.

<sup>95</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

<sup>96</sup> COSTA JR, P. da, op. cit., p. 30.



não estiver dotada de clareza e de certeza necessária, pois não reduziria o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Contudo, existem casos em que a complementação da definição do crime é delegada ao magistrado ou a certos atos administrativos<sup>97</sup>. É o que acontece com os tipos abertos e com as normas penais em branco em sentido estrito.

Os **crimes de tipo aberto** apresentam definição incompleta, transferindo ao juiz a tarefa de complementar o conteúdo da figura típica. Isso ocorre nos crimes de aborto (art. 124 a 127 do CP), rixa (art. 137), ato obsceno (art. 233), adultério (art. 240) e outros.

O tipo penal deve conter o mínimo necessário da definição, por isso os crimes de tipo aberto não ofendem o princípio da reserva legal, já que este não exige que a lei crie integralmente o delito. O que se exige é a fixação dos elementos essenciais do crime, não a criação de todos eles.

É salutar a tarefa valorativa do juiz em relação a certos conceitos que, por sua natureza, evoluem no espaço e no tempo, uma vez que se apresentados na lei, tornar-se-iam antiquados.

Todavia, existem crimes do tipo aberto que violam o princípio da reserva legal e o da separação dos poderes, pois deixam completamente em aberto a definição legal da conduta incriminada. É o que ocorre com o delito de terrorismo (art. 20 da Lei nº 7.170/83), em que a lei sequer fixa o mínimo necessário da definição.

Por outro lado, as **normas penais em branco** são aquelas em que a definição da conduta incriminada é complementada por outra norma jurídica ou por certos atos administrativos.

Portanto, o crime de tipo aberto e a norma penal em branco necessitam de complementação no seu preceito primário, mas diferenciam-se porque no primeiro essa tarefa é realizada pelo juiz, enquanto que na segunda por outra norma.

As normas penais em branco não violam o princípio da legalidade pois contêm um mínimo de determinação.

---

<sup>97</sup> Nesse ponto Olympio de Sá Sotto Maior Neto, Op. cit, p. 324, procura demonstrar o caráter retórico do princípio da legalidade, aduzindo que ele “não tem condições de cumprir, de maneira absoluta, a sua função

A norma penal em branco em sentido amplo ou fragmento de norma é complementada por outra norma de nível idêntico, ou seja, por uma norma de mesma fonte legislativa. Assim ocorre na violação de direitos autorais, em que a lei penal é suprida pela lei civil de direito autoral, ou no caso do art. 237 do CP, que é complementado pelo art. 183, incs. I a III do CC. Nota-se a homogeneidade de fonte legislativa, pois à União compete legislar sobre direito penal e direito civil (art. 22, inc. I da CF).

Ainda existem as chamadas normas penais em branco em sentido estrito, que são aquelas cujo complemento procede de órgão distinto, geralmente de ato administrativo (regulamento, portaria ou edital) emanado pelo Poder Executivo. Podem ser citados como exemplos o art. 6º, inc. I da Lei nº 8.137/90 (transgressão da tabela oficial de preços, em que a lei penal é suprida por portarias ou editais administrativos) e o art. 12 da Lei nº 6.368/76 (incrimina o tráfico ilícito de substância entorpecente, a qual é definida pelo Ministério da Saúde).

Para o professor Luiz Alberto Machado<sup>98</sup>, a complementação do preceito da norma penal em branco deve vir antes da conduta e posterior modificação dessa complementação não terá efeito retroativo, ainda que beneficie o réu.

É importante salientar que a palavra crime empregada pelo art. 1º do CP deve ser entendida em seu sentido amplo, pois o princípio da reserva legal estende-se também às contravenções penais, por força do art. 1º da LCP.

O princípio da reserva legal aplica-se também à sanção, ou seja, o legislador deve fixar um mínimo e um máximo de pena e sua espécie para que o juiz tenha um parâmetro.

Quanto às medidas de segurança, autores como Celso Delmanto e Alberto Silva Franco consideram aplicável o princípio da reserva legal, mas Luiz Vicente Cernicchiaro e Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>99</sup> pronunciam-se pela não aplicabilidade. Entende o último que a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da reserva legal às penas quis excluir as medidas de segurança, que possuem finalidade de terapia e não de prevenção, como as penas.

---

primária de impedir o arbítrio na aplicação da lei penal, pois apenas desempenha uma função retórica de orientar a interpretação, a aplicação e a argumentação referida à lei penal”.

<sup>98</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 61.

<sup>99</sup> BARROS, F. M. de. Ob. Cit., p. 30.

Para explicar a questão, esse autor diferencia o princípio da legalidade (art. 5º, inc. II da CF) do princípio da reserva legal, sendo que somente o primeiro seria aplicável às medidas de segurança. No primeiro princípio a expressão “lei” seria tomada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies normativas do art. 59 da CF, enquanto que no segundo abrangeria somente a lei ordinária e a lei complementar.

A tarefa de definir crimes e contravenções, cominando as respectivas penas, é precípua da lei ordinária. Entretanto, as emendas constitucionais e leis complementares também podem definir infrações e cominar penas. As leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções não podem fazer o mesmo, já que o princípio da reserva legal impede. A lei estadual, por sua vez, poderá versar sobre questões específicas de direito penal, consoante se depreende do parágrafo único do art. 22 da CF, desde que lei complementar autorize.

Ainda cumpre ressaltar que o princípio da reserva legal não se aplica às normas penais não incriminadoras.

Ademais, o princípio da reserva legal, em sendo a “pedra de toque” de todo o sistema punitivo, determina a aplicação de outras regras, como a irretroatividade da lei penal em prejuízo do acusado e da proibição do emprego da analogia, que estudaremos a seguir.

### **3.3 Interpretação - Analogia e interpretação analógica**

Interpretação é a atividade mental que procura estabelecer o conteúdo e o significado contido na lei. De acordo com Maurach<sup>100</sup>, é “o processo pelo qual se enchem de valores os preceitos jurídico-penais”. Como a lei penal é fruto da consciência coletiva, está sempre historicamente atrasada, devendo, portanto, ser atualizada socialmente, ajustando-se às novas situações e concepções<sup>101</sup>, sob pena de revelar-se obsoleta<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Citado por MACHADO, L. A. op. cit., p. 53.

<sup>101</sup> Nesse sentido é o objetivo da presente monografia, uma vez que após a Constituição Federal de 1988, que colocou a união estável como entidade familiar, ao lado da união matrimonializada, o Código Penal não sofreu nenhuma alteração legislativa nessa seara.

<sup>102</sup> É o que muitos autores dizem quanto ao crime de adultério.

A interpretação é indispensável à aplicação da lei, eis que “no caso concreto, impõe sempre a fixação do seu conteúdo geral”<sup>103</sup>. Objeto da interpretação é conhecer o preciso significado da norma.

As normas jurídicas exigem a realização da interpretação para que possam ser aplicadas adequadamente. Observa Plauto Faraco de Azevedo que “tudo no direito se refere à interpretação; elaboram-se as leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação”<sup>104</sup>.

Com propriedade Paulo José da Costa Júnior observa que “a interpretação consiste em ajustar a norma penal, essencialmente genérica e abstrata, ao caso concreto individual. O legislador elabora tipos abstratos, ao passo que o juiz aplica o direito às espécies singulares concretas”<sup>105</sup>.

Existem duas **teorias** que disputam a hegemonia do processo interpretativo, a subjetivista e a histórico-objetivista (atualista). A primeira busca, através da utilização do elemento histórico, a vontade do legislador, enquanto que a segunda procura a vontade da lei.

Modernamente entende-se que o objetivo da interpretação é a busca da vontade da lei, pois uma vez promulgada, desvincula-se do pensamento daqueles que a elaboraram.

De acordo com Fragoso<sup>106</sup>, através da interpretação da lei descobre-se o seu significado atual, o que indica não ser o caso de procurar a vontade do legislador.

**As formas de interpretação** podem ser divididas em três, quanto ao órgão de onde provém, quanto ao meio utilizado pelo intérprete e quanto ao resultado alcançado.

Em relação ao órgão, a interpretação pode ser autêntica, judicial ou doutrinal. A autêntica é aquela feita através da lei, de validade geral e obrigatória, com efeitos *ex tunc* (norma interpretadora retroage à data da norma interpretada, ainda que prejudique o réu, mas não abrange os casos definitivamente julgados<sup>107</sup>),

---

<sup>103</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 79.

<sup>104</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SafE, 1989, p. 14.

<sup>105</sup> COSTA JR, P. J. da. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>107</sup> Cumpre não confundir lei interpretativa (simplesmente opta por uma exegese razoável, que já era admitida antes de sua edição) com lei que cria situação nova (alberga exegese até então inadmissível), pois no segundo caso, se prejudicial ao réu, não retroagirá.

podendo ser contextual (no mesmo texto, uma norma interpreta outra; v.g., o conceito de funcionário público do art. 327 e o de causa do art. 13, ambos do CP) ou posterior (outra lei é editada para interpretar a anterior). A judicial provém dos juízos, coletivos ou singulares e possui apenas valor particular, podendo, se reiterada, formar a jurisprudência. Por fim, a interpretação, quanto ao órgão de onde provém, pode ser doutrinal, constituída pela posição dos tratadistas e doutores, sem força obrigatória.

No exame dos meios (métodos) utilizados pelo intérprete, pode ser gramatical ou lógica (teleológica). A primeira visa encontrar o sentido das palavras e utiliza a sintaxe, esclarecendo se o termo foi empregado no sentido vulgar (v.g., animal, do art. 164 do CP), jurídico (v.g., cheque do art. 171, §2º, inc. VI, do CP) ou jurídico-penal (v.g., funcionário público do art. 327 do CP). A interpretação lógica, por sua vez, *busca desvendar a finalidade da lei*<sup>108</sup>, a importância do bem jurídico tutelado, utilizando os elementos gramatical, sistemático<sup>109</sup> (analisa a coerência entre a lei interpretada e os outros dispositivos legais, buscando uma harmonia com todo o sistema jurídico), histórico (analisa a realidade social existente ao tempo da promulgação da lei, bem como os trabalhos, discussões e debates que a antecederam), de direito comparado (analisa a interpretação dada pelo direito estrangeiro sobre uma lei semelhante à nacional; o CP de 1940 foi claramente inspirado no Código Rocco, de 1930, da Itália), extrajurídico (analisa o significado do termo à luz da medicina, filosofia, química etc.) e sociológico (analisa as mudanças ocorridas no meio social).

Nesse diapasão o art. 5º da LICC dispõe que:

*“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.*

Por fim, quanto ao resultado, a interpretação pode ser declarativa, extensiva, restritiva ou ab-rogante<sup>110</sup>. Na primeira há coincidência entre o texto e a

---

<sup>108</sup> O intérprete deve buscar a regra aplicável diante da finalidade pretendida pela norma.

<sup>109</sup> O elemento sistemático, para alguns métodos, é um dos mais importantes para o presente estudo, pois através dele o intérprete deve inserir a norma jurídica sujeita à interpretação no ordenamento jurídico, comparando-as com outras, procurando sistematizar a matéria.

<sup>110</sup> Para Luiz Alberto Machado o resultado alcançado só pode ser declaratório, uma vez que a restrição e a extensão só podem ser obtidas desde um ponto de vista de interpretação gramatical.

vontade da lei, em que há esclarecimento da obscuridade, da ambigüidade do texto. Extensiva é aquela que amplia o texto, adaptando-o a sua real vontade<sup>111</sup>. Restritiva é a que diminui a amplitude do texto da lei, quando a lei disse mais do que quis. A ab-rogante, por sua vez, é aquela em que, diante da incompatibilidade absoluta e irreduzível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui-se pela inaplicabilidade da lei interpretada.

No concernente à interpretação das leis, o princípio *in dubio pro reo* não representa papel importante, eis que diante de duas interpretações possíveis, o juiz não está obrigado a aplicar a mais favorável ao réu. Tal princípio diz respeito ao Direito Processual<sup>112</sup> (característico do campo das provas) e não ao Material. Flávio Augusto Monteiro de Barros acrescenta que somente “na hipótese de dúvida invencível pelos métodos hermenêuticos aplica-se, como último recurso exegético, o princípio *in dubio pro reo*”<sup>113</sup>.

Por derradeiro, quanto ao tema da interpretação, importante tecer algumas considerações acerca da interpretação analógica e da analogia.

A interpretação analógica não é extensiva, no sentido gramatical, pois não alarga o significado léxico das palavras. Na interpretação extensiva o fato está previsto implicitamente no texto da lei e na interpretação analógica em uma fórmula geral.

Utiliza-se a interpretação analógica, ainda que em prejuízo do agente, quando determina a lei. Admitida quando o “texto da lei abrange numa fórmula genérica os fatos semelhantes aos enunciados numa forma casuística”<sup>114</sup>. O intérprete deverá estender o texto da lei ao fato semelhante.

Assim, no crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inc. IV, do CP), a fórmula casuística ou exemplificativa é composta pela “traição, emboscada e dissimulação”, enquanto que a fórmula genérica da expressão “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”. Nesse sentido, qualquer outro

---

<sup>111</sup> Aplicam-se, para justificar a interpretação extensiva, os seguintes argumentos da lógica dedutiva: *a fortiori* (se a lei prevê um caso deve estendê-la a outro caso em a razão da lei se manifeste com maior vigor), *a maiori ad minus* (o que é válido para o mais deve também ser válido para o menos) e *a minori ad maius* (o que é proibido para o menos é proibido para o mais).

<sup>112</sup> Cabe acrescentar que a lei processual penal admite, se restrições, o emprego da analogia (art. 3º, CPP).

<sup>113</sup> BARROS, F. M. de. op. cit., p. 19.

<sup>114</sup> Idem, p. 20.

recurso que assumo esse perfil, como, por exemplo, a surpresa, qualifica o homicídio.

Por outro lado, a interpretação analógica não se confunde com a **analogia**.

As lacunas são inevitáveis no Direito Positivo, pois o legislador não poderia prever, de antemão, todas as hipóteses passíveis de ocorrência na vida real. O juiz, a seu turno, não pode se escusar de julgar uma causa sob o argumento de que inexistente norma jurídica sobre aquele tema. Então, esgotados os meios de interpretação, na ausência ou na lacuna da lei, surgem os mecanismos de integração do ordenamento jurídico, assim previstos no art. 4º da LICC:

*“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.*

Analogia é a aplicação, ao caso não previsto em lei, de lei reguladora de caso semelhante. Não se trata de mera interpretação da lei, mas, sim, de um mecanismo de integração do ordenamento jurídico. Supre-se, portanto, a ausência ou lacuna da lei. Na interpretação analógica, todavia, o fato está previsto na fórmula genérica da lei, não há lacuna.

Segundo Fragoso, “há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal”<sup>115</sup>.

Porém, no Direito Penal, quanto à Parte Especial, as lacunas são intencionais. A integração da lei penal só acontece no campo das normas não incriminadoras, que beneficiam o réu. O *nullum crimen, nulla poena sine lege* impede que, na ausência ou lacuna da lei, o delito seja criado pela analogia, costumes ou princípios gerais do direito.

Segundo Luiz Alberto Machado, o princípio da reserva legal não proíbe a analogia, pois surgiu, na verdade, para impedir a aplicação da lei a fatos pretéritos<sup>116</sup>. O que impede, para ele, é o princípio da tipicidade.

---

<sup>115</sup> FRAGOSO, C. H. op. cit., p. 85.

<sup>116</sup> Em sentido contrário, admitindo como corolário do princípio da legalidade, pensa Márcia Dometila Lima de Carvalho (op. cit., p. 59).

Dessa forma, como o princípio regente da Parte Geral é o da legalidade e o da Parte Especial é o da tipicidade, é possível o emprego de analogia somente na primeira.

Luiz Alberto Machado explica que isso é possível porque “ao Estado só é permitido fazer o que a lei permite, enquanto o administrado pode fazer tudo o que a lei proíbe; portanto, ao Estado não socorre a analogia, mas ao administrado sim”<sup>117</sup>.

Assim, a analogia não pode ser usada para criar figuras delitivas ou penas que o legislador não tenha determinado.

É de se notar, na esteira de Francisco de Assis Toledo, que a analogia “pressupõe falha, omissão da lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes”<sup>118</sup>.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a analogia não origina direito novo, mas descobre o já existente e integra a norma estabelecida, desde que presentes os seguintes requisitos: a) vazio da lei sobre o fato considerado; b) regulação de situação que guarda coincidência com o caso não regulado; c) ponto comum às duas situações (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*)”<sup>119</sup>.

A analogia pode ser *in malam partem* e *in bonam partem*. De acordo com a primeira, o intérprete aplica ao caso omissivo uma lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante. Na analogia *in bonam partem*, ao contrário, há aplicação de uma lei benéfica ao réu.

Ocorre que a analogia em benefício do réu não é permitida nas normas excepcionais, pois elas disciplinam de modo contrário à regra geral, abrindo-lhe exceção. A lei excepcional não admite analogia.

Nesse sentido, o rol do § 2º do art. 348 do CP, que, no delito de favorecimento pessoal, isenta de pena o ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, não pode ser ampliado, de acordo com Flávio Augusto de Barros<sup>120</sup>, “ao sobrinho ou concubina” (*sic*)<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 59.

<sup>118</sup> TOLEDO, F. de A. op. cit., p. 27.

<sup>119</sup> GAMA, G. C. F. da. o. cit., p. 149.

<sup>120</sup> BARROS, F. A. de. op. cit., p. 22.



É possível também a criação analógica de causas excludentes da tipicidade material e da censurabilidade pois não são normas excepcionais, uma vez que seus preceitos são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico-penal<sup>122</sup>.

Em razão do exposto depreende-se que a interpretação analógica é possível, na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal, não importando se será mais benéfica ou não ao réu, já que a situação está prevista em lei, de forma genérica. Todavia, o mesmo não ocorre com a analogia, que pode ser utilizada somente nas normas não incriminadoras<sup>123</sup>, se for benéfica ao réu e se não se tratar se norma excepcional. Tal restrição deve-se ao fato de que a analogia é uma espécie de integração, não de interpretação, pois não há lei para a situação.

### 3.4 Lei penal no tempo

O art. 1º do Código Penal, além de alojar o princípio da legalidade, já comentado, refere-se também ao princípio da anterioridade, segundo o qual a lei que cria o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir.

A lei penal não pode retroagir para prejudicar o réu, pois estaria sendo quebrada a garantia de liberdade se a punição pudesse abranger condutas anteriores à vigência da lei penal incriminadora. É vedada a sua aplicação até mesmo em relação aos fatos praticados durante a *vacatio legis*.

Para Luiz Alberto Machado, o princípio da anterioridade é o princípio da reserva legal<sup>124</sup>, que não se relaciona com o princípio da tipicidade e nem visa impedir a analogia, mas apenas vedar a retroatividade da lei penal. Segundo esse professor, a adoção da anterioridade conduz à vedação da retroatividade da lei penal e da função criadora ou agravante de tipos ou sanções pelo costume. Prossegue dizendo que “como as lacunas da parte geral são não intencionais e tratam da incidência das normas incriminadoras (parte especial, cujas lacunas são intencionais), criação analógica só pode vir em benefício do agente, isto é, só pode

---

<sup>121</sup> Como acima visto, o termo concubina, utilizado pelo autor, não pode mais ser empregado. Cabe ressaltar que essa interpretação, como diz com o objeto da presente monografia, será abordada novamente.

<sup>122</sup> Essa é a posição de Flávio Augusto de Barros, de Luiz Alberto Machado e de Heleno Cláudio Fragoso.

<sup>123</sup> Não é correto dizer simplesmente Parte Geral, pois para Flávio Augusto de Barros (op. cit., p. 22) há normas não incriminadoras fora da Parte Geral, e que, portanto, admitem o emprego da analogia. O autor cita os arts. 121, § 5º, e 129, § 8º, em que o perdão judicial previsto para o homicídio culposo e para a lesão culposa, deve ser aplicado também aos delitos de homicídio culposo e lesão culposa disciplinados no Código de Trânsito.

faver analogia em favor do administrado, a chamada analogia *in bonam parte*, nunca em favor do Estado, a analogia *in malam parte*<sup>125</sup>.

De acordo com o princípio da anterioridade, *tempus regit actum*, ou seja, a lei rege o fato praticado durante a sua vigência.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>126</sup> o princípio é de índole constitucional, pois o art. 5º, inc. XL, da CF proíbe a retroatividade da lei penal prejudicial ao réu, consagrando, implicitamente, o princípio.

O princípio da anterioridade é usado para solucionar o conflito de leis no tempo, que ocorre quando há a sucessão de leis, ou seja, quando uma nova lei entra em vigor ab-rogando ou derogando a anterior. De acordo com a regra, aplica-se a lei vigente no tempo do crime.

Entretanto, se a nova lei beneficiar o réu, impõe-se a sua retroatividade. Nesse caso, a aplicação da lei a fatos ocorridos antes da sua vigência é automática, independente de cláusula expressa, alcançando inclusive os fatos já definitivamente julgados. É a única lei capaz de retroagir em detrimento da coisa julgada.

A retroatividade da lei penal benéfica pode se dar em duas hipóteses: *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*.

Dá-se *abolitio criminis* quando a nova lei torna atípico o fato incriminado. Se, por exemplo, surge uma lei revogando o delito de sedução (art. 217, CP), o agente não pode ser punido, devendo ser decretada a extinção de sua punibilidade, caso haja inquérito policial ou processo em andamento (art. 107, inc. III, CP). Se ainda não foi instaurado inquérito, não poderá mais sê-lo. Está prevista no art. 2º, *caput*, do CP:

*“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos de sentença penal condenatória”.*

A natureza jurídica da *abolitio criminis*, de acordo com o Código penal, é de causa extintiva de punibilidade (art. 107, inc. III), pois o Estado perde a

---

<sup>124</sup> Considerando tal equivalência, reservo-me o direito de explicar o princípio nesse ponto, devendo o leitor se reportar ao princípio da reserva legal, já explicitado.

<sup>125</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 49.

<sup>126</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 34.

possibilidade de aplicar pena ou medida de segurança ao agente. Para Flávio Augusto de Barros<sup>127</sup>, no entanto, é causa de exclusão da tipicidade.

A *abolitio criminis* atinge a execução e os todos os efeitos penais da sentença condenatória, que é considerada inexistente. Não prevalece para efeito de reincidência, de maus antecedentes ou para qualquer outro efeito penal.

Perduram, contudo, os efeitos de natureza civil da sentença penal condenatória, de tal modo que o réu continua obrigado a reparar o dano causado pelo delito (art. 91, inc. I, do CP). Portanto, continua valendo como título executivo na esfera cível, se transitou em julgado (art. 584, inc. II, do CPC).

O juiz do processo de conhecimento, ao se deparar com a *abolitio criminis*, deve, de ofício, declarar extinta a punibilidade, ouvindo-se previamente o Ministério Público. Se o processo estiver no Tribunal, em grau de recurso, o próprio Tribunal deve declarar extinta a punibilidade. Caso já haja sentença transitada em julgado, a declaração da extinção da punibilidade competirá ao juízo da execução penal (art. 66, inc. I, da LEP e Súmula 61 do STF). Da sua decisão caberá recurso de agravo em execução. Não cabe revisão criminal ou *habeas corpus*, pois a competência é do juízo da execução penal.

A segunda hipótese de retroatividade da lei penal ocorre na *novatio legis in mellius*, disciplinada no parágrafo único do art. 2º do CP:

*“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.*

A *novatio legis in mellius* ocorre quando a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna meros grave a situação do réu. Podem ser citados como exemplos: lei que comina pena menos rigorosa; lei que comina circunstâncias atenuantes; lei que cria causas extintivas da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade; lei que facilita a obtenção do *sursis* ou livramento condicional; lei que transforma o crime em simples contravenção etc.

A expressão da lei “qualquer modo” indica qualquer outra circunstância que não seja a *abolitio criminis*.

---

<sup>127</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 38.

A *novatio legis in mellius* e a *abolitio criminis* aproximam-se porque ambas beneficiam o réu, excepcionando o aforismo *tempus regit actum*. No entanto, possuem diferenças. Enquanto que na primeira o fato continua sendo típico, na segunda há revogação, total ou parcial, da lei penal anterior, provocando a atipicidade da conduta.

No tocante à competência para a aplicação da *novatio legis in mellius*, segue-se o mesmo critério da *abolitio criminis*. Após o trânsito em julgado, se a apreciação da matéria depender de dilação probatória, a medida cabível será a revisão criminal.

Um dos problemas atinentes a esse tema é apurar qual é a lei mais benigna, pois não basta a simples comparação abstrata dos textos legais. É mister compará-los em cada caso concreto. Se ainda persistir dúvida, o juiz pode ouvir a opinião do réu. Mas se ainda persistir, o juiz deve aplicar a lei aos casos ainda não julgados.

De modo geral, é mais benigna a lei que cominar pena mais branda, que criar circunstâncias atenuantes, que extinguir circunstâncias agravantes, que extinguir medidas de segurança e efeitos da condenação ou que estabelecer causas de exclusão da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.

Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>128</sup> aponta também o caso em que as duas leis em conflito apresentam pontos favoráveis e prejudiciais ao réu.

O autor cita a opinião de Nelson Hungria, que entende não ser possível o entrosamento dos dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei mais antiga, sob pena do juiz invadir a função do legislador, pois estaria criando uma terceira lei. Outros defendem a combinação de leis, em homenagem às vantagens proporcionadas ao réu. De acordo com Frederico Marques<sup>129</sup>, o juiz não estaria usurpando a função legislativa, mas simplesmente “movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima”, obedecendo ao princípio da equidade, previsto constitucionalmente.

Aplica-se, segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>130</sup>, o texto combinado favorável (*lex tertia*), pois somente desta forma estar-se-ia cumprindo o

---

<sup>128</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 40.

<sup>129</sup> Citado por Flávio Augusto Monteiro de Barros, op. cit., p. 40.

<sup>130</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 41.

mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal mais benigna. O juiz, ao combinar as leis, não estaria legislando, mas apenas aplicando ao caso concreto o texto legal fornecido pelo legislador. “Se para beneficiar o réu, ele pode escolher o todo de uma ou outra lei, nada obste selecione parte de um todo e parte de outro”. Segue observando que “a não combinação das parcelas benéficas de ambas as leis viola o princípio constitucional da aplicação da *lex mitior*”.

Ainda em sentido contrário à combinação de leis posiciona-se Luiz Alberto Machado, para quem é “constitucionalmente vedado, pois que, para isso, falta-lhe competência constitucional (divisão dos Poderes)”<sup>131</sup>. O juiz deverá decidir fundamentalmente, optando por uma das leis em conflito, a mais benigna em seu conjunto.

A doutrina ainda se refere à duas categorias de leis penais mais severas: *novatio legis incriminadora* e *novatio legis in pejus*. A primeira ocorre quando uma nova lei considera crime fato até então atípico. Já na segunda, a lei nova agrava as conseqüências jurídico-penais do fato criminoso existente, sem criar novo tipo penal incriminador (exemplos: agravação da pena ou da medida de segurança, exclusão de circunstâncias atenuantes ou de causas de diminuição de pena, inclusão de agravantes, de causas de aumento de pena ou de qualificadoras, aumento dos requisitos para a obtenção do *sursis* ou livramento condicional, aumento do prazo de prescrição, exclusão de causas excludentes da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, imposição do regime fechado de cumprimento de pena etc).

A irretroatividade da *lex gravior* é prevista constitucionalmente (art. 5º, inc. XL). No entanto, essa regra não vigora no direito processual penal, em que as normas têm aplicação imediata, incidindo sobre os processos em andamento, sem prejuízo da validade dos atos praticados durante a vigência da lei anterior (art. 2º, CPP)<sup>132</sup>.

Cabe nesse ponto apontar também a questão do **direito intertemporal nas normas penais em branco**, cujo complemento pode assumir duas faces: normalidade e excepcionalidade. De um lado, como norma de vigência comum,

---

<sup>131</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 61.

<sup>132</sup> Nesse ponto surge a discussão sobre a existência de normas bi-funcionais (de direito material e de direito processual), que por não constituírem objeto dessa monografia, não serão tratadas com mais profundidade.

dentro de uma situação de normalidade, a alteração do complemento, desde que mais benéfica, retroage para cumprir o preceito constitucional da retroatividade da *lex mitior*, devendo a questão ser resolvida sob o prisma do direito intertemporal; de outro, como norma penal com vigência temporária ou excepcional, editada para atender circunstâncias excepcionais ou temporárias, a alteração do complemento, ainda que mais benéfica, não retroage, pois estaremos diante da ultra-atividade consagrada no art. 3º do CP, que ocorre, por exemplo, no crime de violação de tabela de preço.

Segundo Luiz Alberto Machado, a complementação do preceito nas normas penais em branco deve vir antes da conduta. “A modificação da complementação, porém, não tem efeito retroativo, ainda que em benefício do réu”<sup>133</sup>.

Ainda no que concerne à essa questão, oportuno o estudo do **tempo do crime**, regulado pelo art. 4º do CP:

*“Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.*

Para explicar o tempo do crime existem três teorias: da atividade (momento em que o agente executa a atividade criminosa), do resultado (momento do resultado, do evento ou do efeito) e da ubiqüidade (data da conduta ou a data do resultado, é mista).

O Código Penal consagrou a teoria da atividade, pois é no momento da conduta (ação ou omissão) que o sujeito manifesta a sua vontade de violar a norma penal. A ilicitude diz respeito à conduta e não ao resultado natural.

Assim, aplica-se a lei vigente ao tempo da conduta, salvo se a do tempo do resultado for mais benéfica. A imputabilidade é aferida ao tempo da conduta. Dessa forma, um jovem que, às vésperas de completar 18 anos, atira na vítima, que vem a falecer depois de ele atingir a maioridade penal, não é punido.

Conforme Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>134</sup>, no crime permanente, em que a conduta se tenha iniciado sob a vigência de uma lei, prosseguindo sob o

---

<sup>133</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 61.

<sup>134</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 47.

império de outra, aplica-se a lei nova, ainda que mais severa. Isso ocorre, segundo ele, porque no crime permanente há uma persistente ofensa ao bem jurídico, pois a conduta continua sendo executada após a entrada em vigor da nova lei. Se, por exemplo, “A” seqüestra a vítima com o fim de obter certa soma em dinheiro como resgate e alguns dias depois entra em vigor uma nova lei aumentando a pena do art. 159 do CP, aplica-se a nova lei. No entanto, se a vítima já tiver sido libertada, aplica-se a lei anterior, que é mais benéfica.

No crime continuado em que os fatos anteriores já eram punidos, tendo ocorrido mera agravação da pena, aplica-se a lei nova a toda a série delitiva, desde que sob seu império a conduta criminosa continue sendo praticada, pois o crime continuado é considerado uma unidade delitiva para efeito da aplicação da pena.

No crime habitual aplica-se também a nova lei, mesmo que mais severa, caso o agente continue reiterando a conduta criminosa.

Por fim, quanto à medida de segurança, a qual também se aplica o princípio da anterioridade, a posição de Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>135</sup> é de que se ela surgir após a prática do crime, e for prejudicial ao réu, não poderá ser aplicada. Contudo, de acordo com Luiz Alberto Machado, “aplica-se a lei da época da execução, pois o que interessa é a perigosidade do agente no momento de ser executada a sanção penal específica da eliminação dessa perigosidade”<sup>136</sup>.

### **3.5 Reflexo da Constituição Federal de 1988 no Direito Penal e tratamento anterior**

Luiz Luisi<sup>137</sup> aduz que a Constituição Federal incluiu em seu texto uma série de princípios especificadamente penais, explicitamente ou não. Os mais importantes são o da legalidade<sup>138</sup>, o da intervenção mínima<sup>139</sup>, o da humanidade<sup>140</sup>, o da pessoalidade da pena<sup>141</sup> e o da individualização da pena<sup>142</sup>.

<sup>135</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 48.

<sup>136</sup> MACHADO, L. A. op. cit., p. 62.

<sup>137</sup> LUISI, L. op. cit., p. 13.

<sup>138</sup> Analisado retro.

<sup>139</sup> Imposto para evitar uma legislação inadequada e injusta, para eliminar o arbítrio do julgador. É um princípio implícito constitucionalmente, que determina a configuração do Direito Penal como *ratio* extrema, pois sua presença somente se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a existência do homem e da sociedade. Os critérios da proporcionalidade e da necessidade devem ser os axiomas orientadores na elaboração das normas penais.

Ressalta aos olhos, no que pertine ao presente estudo, que a partir da regra da proteção constitucional ampla à família, independente de sua origem, o Direito Penal necessariamente passou a exercer papel importante na tutela da família informal, ao lado da família formal, matrimonializada. Dessa forma, o bem jurídico “família”, protegido pelo Direito Penal, não pode englobar somente as uniões matrimonializadas, sob pena de inconstitucionalidade das regras discriminatórias.

O princípio reitor da República, o da dignidade da pessoa humana, restaria fendo se a família ficasse desprotegida pelo Direito Penal.

Nesse sentido, Calmon Nogueira da Gama defende que “urge seja atribuída efetividade à norma constitucional que determina ao Poder Público fornecimento de proteção á família, nos termos do art. 226, *caput*”.

A norma constitucional é clara quanto ao seu alcance e conteúdo<sup>143</sup> e não há o que se dizer de eficácia contida<sup>144</sup>.

Depreende-se, portanto, que o aplicador do Direito deve interpretar o Direito à luz da nova ordem jurídico-constitucional, revendo conceitos, princípios e regras até então inexistentes, harmonizando a legislação em vigor com a Constituição Federal. Todo o Direito deve se voltar à proteção da família, matrimonializada ou não.

Nesse diapasão, o Direito Penal, em sendo ramo do Direito Público, tem importante função de proteger a família, não somente no sentido de tipificar condutas, mas também “e, talvez, principalmente, de temperar os rigores das normas penais quando outros interesses são colocados em confronto com a família”<sup>145</sup>.

A relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é clara para Frederico Marques, uma vez que “os conflitos entre os direitos dos indivíduos e os

---

<sup>140</sup> Consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana e relaciona-se com a proibição da pena de morte.

<sup>141</sup> Dispõe que nenhuma pena passará do condenado.

<sup>142</sup> Pela individualização da pena, segundo Nelson Hungria (citado por LUISI, L. Op. cit., p. 37) deve-se “retribuir o mal concreto ao crime, com o mal concreto da pena, na correta personalidade do criminoso”.

<sup>143</sup> Acima já foi abordada essa questão, em que a CF88 regula a família, abrangendo aquela constituída pelo matrimônio ou não.

<sup>144</sup> Mesmo que não a união estável não estivesse regulada em legislação ordinária, a norma constitucional tem eficácia imediata, não tem eficácia contida ou a depender de norma inferior que a regule. De qualquer forma, desde logo produz efeitos, pois revoga disposições em contrário e proíbe legislação conflitante.

<sup>145</sup> GAMA, G. C. N. da. op. cit., p. 207.



da sociedade deve ser tutelado pela Constituição Federal”<sup>146</sup>, exercendo seu influxo sobre as normas punitivas. A subordinação do Direito Penal aos mandamentos constitucionais é imperativo indeclinável.

Importante salientar que a Parte Especial do Código Penal iniciou sua vigência quando as condições político-econômicas do país eram diversas e foram, ao longo das Constituições, modificadas. Portanto, como alerta Márcia Dometila Lima de Carvalho, em virtude do advento da Constituição Federal de 1988, “urge pôr-se em debate a questão da validade e eficácia das normas infraconstitucionais precedentes, de caráter penal, especialmente a tipologia especial”<sup>147</sup>.

Assim, cabe ao aplicador do direito perquirir se a lei penal, produzida em situação histórica diversa, é compatível com a nova ordem constitucional, pois toda norma carece de fundamentação constitucional<sup>148</sup>. Descende, dessa idéia, que qualquer norma penal que não esteja fundamentada no interesse constitucional, implícito ou explícito, implica na sua não aplicação.

No entanto, antes de analisar a repercussão da norma constitucional sobre o tratamento do Direito Penal, importante se faz a verificação a respeito do tipo de tutela penal, ou a falta dessa no período anterior a 1988, com relação à união estável.

No sistema dos Códigos Penais anteriores ao vigente (Decreto nº 847, de 11/10/1890), o “concubinato” era considerado elemento do tipo do crime de adultério (art. 279, § 1º), punindo-se o marido que tivesse “concubina teúda e manteúda”. Quanto à esposa, entretanto, apenas um encontro sexual configuraria o tipo, não necessitando o “amancebamento”. Constatava-se, por conseguinte, uma absurda discriminação entre o homem e a mulher, em que o primeiro tinha seus interesses em inequívoca prevalência.

Ainda em relação ao crime de adultério, a “concubina”, nas uniões uxórias, não cometia adultério em caso de infidelidade, pois não infringia dever matrimonial algum.

As famílias informais também não ensejavam o benefício das escusas absolutórias, pois o companheiro podia representar no juízo criminal, contra o outro,

---

<sup>146</sup> MARQUES, Frederico José. *Tratado de Direito Penal*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 57.

<sup>147</sup> CARVALHO, M. D. Lima de. op. cit., p. 22.

<sup>148</sup> O tema será abordado novamente no Capítulo 4.3.

por crime de furto, roubo, receptação, etc de seus bens particulares. Da mesma forma era o entendimento quanto à escusa absolutória no crime de favorecimento pessoal.

No que concerne ao crime de seqüestro qualificado, diante da condição da vítima como cônjuge do agente, a doutrina não considerava a regra do inc. I, do § 1º, do art. 148, do CP, como aplicável em relação aos companheiros. Também não se entendia aplicável a causa de aumento de pena nos crimes contra os costumes aos casos de companheirismo.

Entretanto, relativamente à circunstância genérica agravante consistente no caso de ter o agente cometido crime contra cônjuge, a doutrina entendia cabível desde que o agente se prevalecesse da coabitação.

Por fim, no tocante à possibilidade de extinção de punibilidade do agente, quando nos crimes contra os costumes, o agente passasse a conviver com a vítima, o entendimento era unânime no sentido da impossibilidade.

Como observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “os preceitos do Direito Penal que visavam resguardar a família, os valores e as relações ínsitas ao organismo familiar, não se estendiam aos companheiros”<sup>149</sup>, o que era justificável diante da Constituição Federal de 1967, uma vez que a união estável não era considerada uma modalidade de família.

---

<sup>149</sup> GAMA, G. C. N. da. *A família no Direito Penal*, op. cit., p. 212.

## PARTE IV – A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO PENAL

### 4.1 As normas penais incriminadoras e não-incriminadoras relacionadas à união estável

O Código Penal vigente classifica os crimes segundo o objeto jurídico tutelado e, entre as várias objetividades jurídicas, o Título VII, da Parte Especial, foi reservado para os Crimes contra a Família.

Nesse âmbito o legislador penal tipificou crimes contra o casamento, contra o estado de filiação, contra a assistência familiar e contra o pátrio poder, tutela e curatela.

Várias referências a institutos de Direito de Família foram empregadas no Código Penal, sendo certo que adotou o termo “família” com variadas acepções, o que impõe cuidado no momento de sua interpretação.

Como o diploma repressivo foi editado na década de 40, por óbvio tinha em mira proteger o conceito de família da época, ou seja, a gerada pelo matrimônio, à luz da Constituição Federal de 1934.

Contudo, com o surgimento, na realidade fática, e posterior reconhecimento constitucional, das uniões não matrimonializadas, os dispositivos legais devem ser relidos.

Diante desse contexto, inicialmente serão repassadas noções sobre os crimes contra a família<sup>150</sup>, para que possam ser analisadas as **normas penais incriminadoras relacionadas à união estável.**

De acordo com o Código Penal, são crimes contra o casamento a bigamia (art. 235), o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236), o conhecimento prévio de impedimento (art. 237), a simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238) e o adultério (art. 240).

Os crimes contra o casamento visam assegurar a correta formação do vínculo matrimonial, enquanto que o art. 240 leva em conta o dever de fidelidade conjugal.

---

<sup>150</sup> Direcionando-se sempre ao tema da união estável, pois não é objetivo desse trabalho analisar os efeitos de toda a família no Direito Penal, mas somente daquela proveniente da união estável.

“Com efeito, esses artigos tutelam a constituição válida e regular, bem como a manutenção da família constituída pelo casamento, razão pela qual não há como se incluir a família informal”<sup>151</sup>.

Os artigos 235 a 239 referem-se expressamente a casamento, que, em consonância com a Constituição Federal de 1988, é o instituto formador e mantenedor da família formal, não abrangendo, por isso, a união estável.

No que concerne ao art. 240, o único crime que não faz referência expressa ao casamento, a conclusão não pode ser diferente, uma vez que a tutela penal recai sobre o dever de fidelidade, existente somente entre os deveres matrimoniais, como efeito do casamento.

Na união estável existe a unicidade do vínculo, semelhante à fidelidade, mas o adultério não pode existir entre companheiros, sob pena de violação do princípio da reserva legal. Outrossim, os §§ do art. 240 se referem a cônjuge, que juridicamente diz respeito às pessoas unidas matrimonialmente, não informalmente.

Quanto aos crimes contra o estado de filiação<sup>152</sup>, o Código Penal criminaliza o registro de nascimento inexistente (art. 241), o parto suposto, supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (art. 242) e a sonegação de estado de filiação (art. 243).

O Código Penal prevê, ainda, crimes contra a assistência familiar: abandono material (art. 244), entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245), abandono intelectual (art. 246) e o abandono moral (art. 247)<sup>153</sup>.

Nesse Capítulo o legislador penal procura proteger, de forma imediata, a manutenção e a subsistência da família, no sentido moral e material. Observando-se o comando constitucional, que determina tal proteção, verifica-se que o objetivo é resguardar todo e qualquer tipo de família.

Em relação ao crime de abandono material, o mais freqüente na prática, estão previstos três comportamentos distintos (tipo misto cumulativo): 1º) “deixar sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge ou de filho menor de dezoito

---

<sup>151</sup> Idem, p. 161.

<sup>152</sup> Nesse tema não há maior interesse para o objeto da presente pesquisa. A importância deve-se, somente, ao fato de que é proibida qualquer discriminação feita entre os filhos, não importando se havidos dentro ou fora do casamento.

<sup>153</sup> A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) também prevê um crime contra a assistência familiar, no seu art. 238.

anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários”; 2º) “faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”; 3º) “deixar de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo”.

Na primeira conduta prevista, o sujeito ativo pode ser o cônjuge, os pais ou os descendentes da vítima. O tipo abrange as pessoas que possuem o dever de assistência recíproca. Tal obrigação existe no casamento e também na união estável. No entanto, somente o cônjuge pode cometer tal crime, do contrário estaria violando o princípio da reserva de lei. Não é possível dizer que os companheiros podem ser sujeito ativo desse crime, pois a analogia *in malam partem* é vedada.

Assim, no art. 244, cônjuge só é aquele ligado a outro pelo matrimônio, sendo defeso incluir o companheiro na norma penal. “Portanto, a violação ao dever de assistência material, no companheirismo, é fato penalmente irrelevante, ou seja, conduta atípica”<sup>154</sup>.

Na segunda modalidade, qual seja, faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, o sujeito ativo do crime é o devedor da pensão e poderá ser o companheiro, desde que haja obrigação alimentar, judicialmente estabelecida.

Dessa forma, quanto aos crimes contra a assistência familiar<sup>155</sup>, somente na segunda hipótese do art. 244 é possível se cogitar da prática de crime por parte de companheiros.

Por fim, quanto aos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela, o Código Penal prevê os seguintes tipos: induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248) e a subtração de incapazes (art. 249)<sup>156</sup>. Quanto a eles é completamente irrelevante a existência ou não de casamento, razão pela qual a informalidade ou formalidade da família é indiferente para a configuração do evento criminoso.

Analisadas as normas incriminadoras relacionadas à união estável, cabe verificar as **normas não-incriminadoras**.

---

<sup>154</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>155</sup> Os demais crimes protegem essencialmente a criança e o adolescente, não importando a noção de união estável.

O bem jurídico família, da mesma forma que é considerado para incriminar condutas ou para agravar a sanção, em outros comportamentos, não direcionados exatamente à família<sup>157</sup>, pode servir para beneficiar os seus integrantes, diante da prevalência do interesse em se resguardar a família, quando confrontada com outros bens jurídicos de menor relevância.

Nessa perspectiva, o Direito Penal, preocupando-se em preservar a instituição familiar, fixa escusas absolutórias, causas de extinção de punibilidade e, indiretamente, admite circunstâncias que são benéficas ao agente.

Para evitar que algumas violações desagreguem a família, no confronto entre dois valores penalmente protegidos, a lei penal prefere renunciar ao *ius puniendi*.

Primeiramente, quanto às **escusas absolutórias**, podem ser identificadas, na esteira de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, duas que tutelam a organização familiar: "a) a escusa absolutória do cônjuge que, na constância da sociedade conjugal, pratica crime contra o patrimônio do outro, sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (art. 181, inc. I, c.c. art. 183, inc. I); b) a escusa absolutória do cônjuge que auxilia o outro a subtrair-se à ação da autoridade pública, por motivo de crime apenado com reclusão (art. 348, § 2º)"<sup>158</sup>.

Apesar de cometer o crime, ao agente não é aplicada a pena, por motivos utilitários correspondentes à proteção da família que, provavelmente sofreria sério abalo caso fosse imposta e aplicada pena pelo crime praticado pelo agente.

O processo criminal, nesses casos, constituiria sério risco à conservação da família, pois ampliaria as diferenças entre as pessoas a ela pertencentes.

A primeira escusa absolutória refere-se aos crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça à pessoa da vítima. Assim, o cônjuge que comete crime nessas circunstâncias é isento de pena, consoante o art. 181, inc. I do CP.

Trata-se de um benefício personalíssimo outorgado pelo Estado e que, portanto, não se comunica ao estranho que participa do crime.

---

<sup>156</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê outra figura típica, no art. 237.

<sup>157</sup> A segunda hipótese será estudada no próximo Capítulo.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 190.

Para Magalhães Noronha, “têm-se em vista aqui as pessoas unidas pelo casamento, que deve ser efetuado de acordo com as nossas leis, se aqui for realizado, ou, se no estrangeiro, consoante as leis do país onde ocorreu”<sup>159</sup>.

Como já salientado, a família que gozava de proteção à época da edição do Código Penal era a matrimonializada, mas diante das transformações operadas na realidade social e, principalmente, constitucionalmente, a lei penal deve ser interpretada teleologicamente.

A união estável encontrava-se fora da proteção do Estado à família, e portanto não estava incluída no contexto das escusas absolutórias.

A segunda escusa absolutória, prevista no art. 348, § 2º, do CP, da mesma forma, visa proteger a manutenção e a sobrevivência da família e, ao se referir ao cônjuge, especialmente tutela a família matrimonial.

Trata-se de favorecimento pessoal perpetrado pelo cônjuge, em benefício do consorte que conseguiu se livrar da autoridade pública com o auxílio do primeiro.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>160</sup> a isenção não pode ser ampliada à concubina.

Quanto ao art. 181, inc. I, do CP, Yussef Said Cahali entende que “a imunidade penal não se aplica à concubina”<sup>161</sup>. Nesse sentido também opina Jaques de Camargo Penteado, justificando que “muitas vezes os requisitos esboçados para caracterização da união estável são de difícil preenchimento”<sup>162</sup>.

Contudo, como bem observa Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com o advento da Constituição Federal de 1988 “a orientação deve ser alterada, porquanto diante do reconhecimento do companheirismo como espécie de família e, considerando o comando constitucional no sentido da efetiva proteção que o Estado deve dar à família, independentemente da origem, é imperioso que as normas dos

---

<sup>159</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, Introdução e Parte Geral*. Vol. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 502-503.

<sup>160</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 22.

<sup>161</sup> CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 221.

<sup>162</sup> PENTEADO, J. de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 115.

artigos 181, inc. I<sup>163</sup> e 348, § 2º, ambos do CP, por analogia, sejam estendidas aos companheiros<sup>164</sup>.

Ainda no tocante às normas não-incriminadoras, existem duas causas de extinção da punibilidade do agente que estão diretamente relacionadas à proteção do Estado à família.

A primeira é a tratada no art. 107, inc. VII, ou seja, o casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código. A outra é aquela do inc. VIII do mesmo art. 107, qual seja, o casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.

No confronto entre a punição do agente de um crime contra os costumes e a preservação da família, o Estado abdica do *ius puniendi* em nome da família. Não interessa à sociedade punir o agente que, posteriormente à prática do crime, vem a constituir família com a vítima.

Verifica-se que, no caso do casamento da vítima com terceiro, a lei impõe requisitos mais rigorosos, pois a punibilidade somente será extinta se o crime não for praticado com violência ou grave ameaça e, além disso, se a vítima não requerer o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.

Assim, dependerá da gravidade do crime e da vontade da vítima a preservação do organismo familiar constituído pelo casamento. "Se a vítima considerar que a família não sofrerá qualquer abalo com o prosseguimento das investigações policiais, com a realização do inquérito policial e, finalmente, com o curso da ação penal, poderá requerer o prosseguimento das medidas extrajudiciais e/ou judiciais que vinham sendo empreendidas"<sup>165</sup>.

A diferença entre as duas causas de extinção da punibilidade, afora os requisitos mencionados, é que na hipótese do casamento da vítima com o agente opera-se uma presunção *juirs et jure* no sentido de que a instituição familiar merece

<sup>163</sup> Em sentido contrário: TJSC, RT 506/431. Ainda há quem considere o enquadramento da união estável no art. 182, inc. I, como uma imunidade relativa (TACRIM-SP, RJD 4/44).

<sup>164</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, p. 195.



ser protegida, uma vez que a vítima constituiu família com o agressor. Já no casamento com terceiro, pode interessar a punição do criminoso, ficando à espera do requerimento da vítima.

E quanto à família constituída através da união estável? Deve ser extinta a punibilidade se a vítima constituir união estável com o agente? E com terceiro?

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros “o concubinato não extingue a punibilidade<sup>166</sup>. Entende a lei que apenas pelo casamento o agente pode reparar o mal que fez”<sup>167</sup>.

Jaques de Camargo Penteado, analisando julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, concluiu que “parecem indicar que família e união estável não se confundem para efeitos penais”<sup>168</sup>.

No entanto, como visto, com a Constituição Federal de 1988, família não é mais somente aquela constituída pelo casamento. Independente de sua origem, merece proteção.

Por conseguinte, “as normas infraconstitucionais devem ser adequadas para o fim de alcançar as uniões informais entre um homem e uma mulher, dotadas das características e atributos próprios”<sup>169</sup>.

Júlio Fabbrini Mirabete, em um primeiro momento, aduz que “o simples concubinato do ofensor com a vítima, embora atenua as circunstâncias do crime, é mera situação de fato que acarreta efeitos extrapenais, mas que não faz desaparecer o *jus puniendi* do Estado, pois ante o direito legislado somente a realização do casamento, comprovado documentalmente, faz extinguir a punibilidade”<sup>170</sup>. Contudo, em segundo momento, o autor revê sua posição e admite que “é de se ponderar, porém, que a previsão constitucional da união estável como fato jurídico equiparado ao casamento deve mudar, por analogia *in bonam partem*, tal orientação”<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> Idem, p. 198.

<sup>166</sup> Nesse sentido: TJSP, RT 739/605, JTJ 158/308, RJTJESP 135/399, RJTE 144/276, RJTJSP 135/399; TACRIM-SP, RJD 23/327 e RT 713/357.

<sup>167</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 505.

<sup>168</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo, op. cit., p. 111.

<sup>169</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 200.

<sup>170</sup> MIRABETE, J. F. op. cit., p. 400.

<sup>171</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 567.

Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a lacuna da lei pode ser suprida, em se tratando de norma penal não-incriminadora, pelo processo da analogia, tendo em vista a semelhança das situações, além do próprio comando constitucional que ordena a proteção à família”<sup>172</sup>.

Se a união entre a vítima e o agente, ou com terceiro, é reconhecida como entidade familiar, marcada pelo intuito de formação familiar, com convivência mútua, lógico que é aplicável a norma extintiva da punibilidade, desaparecendo qualquer interesse na persecução penal<sup>173</sup>. Do contrário, haverá clara desobediência ao texto magno, causando, inclusive, discórdia e desarmonia na família. O Estado estaria gastando forças para perseguir situações fáticas despidas de conflituosidade.

Desse modo, a partir da Carta Magna de 1988, a formação da família, através da união estável, deve servir como causa de extinção da punibilidade do agente, por aplicação analógica do disposto nos incisos VII e VIII, do art. 107, do Código Penal.

Há ainda o perdão judicial (art. 107, inc. IX) como causa de extinção da punibilidade que eventualmente pode ter relação com a família, no sentido de proteger os sentimentos dos partícipes da vida familiar.

O perdão judicial é admitido quando as conseqüências do crime afetam o agente de forma tão grave que a própria aplicação da pena não teria sentido, seria desnecessária.

Jaques de Camargo Penteado observa que nos crimes de homicídio e lesões corporais, “é comum a outorga de perdão judicial (...) em hipóteses que envolvam uniões estáveis”<sup>174</sup>.

Por óbvio que as conseqüências físicas ou morais que o evento produz acarretam grande sofrimento e sentimento de perda por parte do partícipe da família informal, daí a punição tornar-se desnecessária.

Fernando de Almeida Pedroso cita jurisprudência<sup>175</sup> admitindo a concessão do perdão judicial no caso de “concubinato, se comprovada a estabilidade da relação”<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 200.

<sup>173</sup> Nesse sentido: TACRSP, RJDTACRIM 32/260.

<sup>174</sup> PENTEADO, J. de C. op. cit., p. 116.

<sup>175</sup> RT 640/321 e 641/344. Ainda: RJD 2/122, 3/152 e RT 644/294.

Por fim, no tema das normas não-incriminadoras relacionadas à família, têm-se **circunstâncias atenuantes e causas de diminuição da pena**.

De acordo com o art. 28, inc. I, do CP, a imputabilidade penal persiste no caso de emoção ou paixão. Apesar de não excluírem a culpabilidade do agente, a emoção e a paixão podem ser circunstâncias legais genéricas ou especiais, diminuindo a pena a ser aplicada ao agente.

Nos termos do art. 65, inc. III, alínea “c”, do Código Penal, é circunstância atenuante ter o agente cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. No crime de homicídio é causa especial de diminuição de pena o agente ter cometido o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Nesse sentido, “em se tratando de circunstâncias que, por suas naturezas, se caracterizam por estados anímicos relacionados a alguns sentimentos próprios da vida a dois, em família, perfeitamente viável a sua incidência nos crimes perpetrados por um dos companheiros contra o outro”<sup>177</sup>.

Tal interpretação poderia ser atingida independente da inovação constitucional, uma vez que podem estar configurados tais sentimentos no concubinato.

Outra circunstância legal especial de diminuição de pena está prevista no art. 221, do CP. Trata-se da hipótese de raptó para fim de casamento. O fundamento da diminuição da pena está no fato de que a conduta é menos anti-social, pois a intenção de constituir família é melhor do que raptar para fins lascivos e depois abandonar a mulher.

Para que fique configurada essa diminuição, basta que esteja presente o elemento subjetivo, ou seja, que o agente tenha o fim de casar com a mulher. Não é necessário que o casamento ocorra no futuro.

“A hipótese, portanto, é de relevância do desejo de se unir sexualmente à vítima, constituindo família, o que merece proteção do Estado para fins de diminuição de pena. Desse modo, perfeitamente aplicável o processo analógico”<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> PEDROSO, Fernando. Perdão judicial: natureza da sentença concessiva – possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial. RJ, nº 214, ago/95, p. 40.

<sup>177</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit, p. 202.

<sup>178</sup> Nesse sentido: TACRIM-SP, Bol. IBCCrim. 15/47.

para, a partir da Constituição Federal de 1988, ser considerado o fim do agente se unir com a vítima em companheirismo”<sup>179</sup>.

#### **4.2 A união estável como fator de maior reprovabilidade na conduta**

No âmbito da reprovabilidade da ação criminosa, constata-se, ainda, a presença de condutas que afetam bens ou interesses relevantes não diretamente da família, mas que levam em consideração aspectos relacionados à instituição familiar.

Portanto, além dos elementos do tipo, outros dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, podem ser considerados na aplicação da pena.

Diante de tal perspectiva, como circunstâncias prejudiciais ao agente na prática do crime, é oportuno estudar as qualificadoras, as causas de aumento e as agravantes relacionadas com a união estável.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, as circunstâncias relacionadas à família, na Parte Especial do Código Penal<sup>180</sup>, podem ser divididas em dois grupos: “a) as qualificadoras constantes do art. 148, § 1º, inc. I, e do art. 227, § 1º; b) as causas de aumento de pena previstas nos arts. 133, § 3º, inc. II, e 226, inc. III”<sup>181</sup>.

O art. 148, *caput*, do Código Penal prevê a pena de reclusão de um a três anos para o crime de seqüestro ou cárcere privado. No entanto, se a vítima é ascendente, descendente ou cônjuge do agente, incide a **qualificadora** do § 1º, aumentando a pena base para dois a cinco anos de reclusão.

O bem jurídico tutelado é a liberdade de movimento do indivíduo, mas com a qualificadora protege indiretamente a família matrimonial. Assim, para configuração da qualificadora, deve existir vínculo familiar constituído pelo casamento no tocante aos cônjuges. A lei busca preservar o dever de assistência material e moral que deve existir na união matrimonial, com o objetivo de proteger a família constituída.

---

<sup>179</sup> *Idem*, p. 204.

<sup>180</sup> Também cabe destacar o entendimento jurisprudencial (TJSP, RT 492/311) da caracterização da presunção da violência nos crimes contra os costumes quando a vítima é filha da companheira do agente, hipótese em que, por temor reverencial, não poderia oferecer resistência.

<sup>181</sup> *Idem*, p. 179.

Para Magalhães Noronha, por se tratar de agravante, “não se lhe pode ampliar o âmbito para abranger também o pai ou o filho adotivo, o padrasto ou a madrasta, o genro ou a nora”<sup>182</sup>.

O alargamento do conceito de cônjuge não pode ser admitido para Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>183</sup>, sob pena de violação do princípio da reserva legal, mesmo diante da proteção constitucional da união estável como família.

Pelo mesmo motivo, a **qualificadora** constante do § 1º, do art. 227, do Código Penal, que prevê sanção mais grave para o agente que, sendo marido, induz a esposa a satisfazer a lascívia de outrem, restringe-se às pessoas casadas. Via de consequência, o lenocínio familiar somente pode ter como sujeito ativo e passivo as pessoas unidas pelo matrimônio.

Não se pode interpretar extensivamente a norma penal incriminadora que reprime com maior gravidade a conduta do marido para abarcar a esposa ou os companheiros. Nem mesmo com o texto constitucional de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar, podem ser considerados os companheiros abrangidos pela norma, pois inadmite-se a analogia *in malam partem*.

O art. 133, § 3º, inc. II, do CP, por sua vez, prevê a **causa de aumento** de pena no crime de abandono de incapaz quando o agente é cônjuge da vítima. Indiretamente, a lei penal busca tutelar a assistência material e moral nas relações matrimoniais.

A causa especial de aumento exige, portanto, que os sujeito passivo e ativo do crime sejam cônjuges, não sendo admitida a ampliação do conceito advindo do Código Civil. Assim, a norma não se aplica aos companheiros.

Por fim, a **causa de aumento** prevista no art. 226, inc. III, do Código Penal, aplica-se somente aos casados. Trata-se de aumento de pena nos crimes contra a liberdade sexual, nos crimes de sedução e corrupção de menores e nos crimes de rapto quando o agente é casado, pois nesse caso não poderia reparar o mal causado.

Mais uma vez tem-se em mira a família, uma vez que o fim é “preservar a tranqüilidade nas relações familiares, com o cumprimento dos deveres matrimoniais,

---

<sup>182</sup> NORONHA, E. M. op. cit., p. 164.

e, em especial, os deveres de fidelidade e de assistência moral, evitando que as pessoas casadas pratiquem condutas de conotação sexual com outras pessoas que não o cônjuge”<sup>184</sup>.

Como a causa de aumento exige que o sujeito ativo seja casado, ficam excluídos os companheiros do tipo penal<sup>185</sup>. Assim também entende Yussef Said Cahali<sup>186</sup>.

Por outro lado, nos crimes sexuais, alguma jurisprudência<sup>187</sup> aplica o aumento da pena com base no inc. II do art. 226 do CP, pois o “amásio” da mãe da vítima estaria em situação equivalente a de padrasto, exercendo certa autoridade sobre a filha de sua companheira.

Por derradeiro, ainda sob o manto dos fatores de maior reprovabilidade da conduta, destaca-se a previsão de uma **agravante** relativamente às uniões entre homem e mulher, qual seja, a circunstância do agente ter cometido o crime contra cônjuge (art. 61, inc. II, alínea “e”, do Código Penal).

A objetividade jurídica, penalmente protegida, é preservar a continuidade da paz conjugal, fazendo com que um cônjuge não pratique crimes contra o outro. Para proteger o vínculo matrimonial, portanto, os cônjuges sofrem maior repressão, uma vez que possuem o dever de assistência moral e material. Como tais deveres matrimoniais não mais subsistem no caso de separação judicial do casal ou na separação de fato prolongada, a agravante não pode incidir.

Vera Nilva Alvares Rocha<sup>188</sup>, analisando as agressões físicas perpetradas por um cônjuge ao outro, entende que deve ser elevada a reprovabilidade, com base no art. 61, inc. II, “e”, do Código Penal, do(a) companheiro(a) que agredir fisicamente o outro.

Para Paulo José da Costa Júnior<sup>189</sup>, a agravante também pode ser aplicada no caso de parentesco “ilegítimo” (concubinato).

---

<sup>183</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 180.

<sup>184</sup> Idem, p. 183.

<sup>185</sup> Nesse sentido: TJRJ, RJTJSP 7/285.

<sup>186</sup> CAHALI, Y. S. op. cit., p. 221.

<sup>187</sup> TJAP, RDJ 12/257. No mesmo sentido: RT 713/331; JTJ 187/161, JTJ 172/310-1 e RJTJESP 104/ 438, 126/477; TJSP, RJTJSP 20/411.

<sup>188</sup> ROCHA, Vera Nilva Alvares. *A agressão que causa maior dor, psicológica e juridicamente*. *Jornal Síntese*, nº 10, dez/97, p. 12.

<sup>189</sup> COSTA JR, P. J. da. op. cit., p. 173.

Não é demais repetir que, “tratando-se de norma penal incriminadora, não se pode cogitar do emprego da analogia para inclusão do companheiro<sup>190</sup>, devendo ser considerada estritamente”<sup>191</sup>. Nesse sentido também pensam Yussef Said Cahali<sup>192</sup> e Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>193</sup>.

Uma última questão é apontada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “estaria o companheirismo inserido no contexto do inciso “f”, do art. 61, do Código Penal, ou seja, teria o agente cometido o crime prevalecendo-se de coabitação com a vítima?”<sup>194</sup>

O mesmo autor conclui que incide a agravante<sup>195</sup>, uma vez que a coabitação, o convívio sob o mesmo teto é a regra no companheirismo<sup>196</sup>. Prevalecendo-se dessa relação, o companheiro deve sofrer aumento em sua pena.

#### **4.3 Compatibilização do sistema penal com o texto constitucional**

Infere-se da Constituição Federal de 1988 a perspectiva de um Estado compromissado com a justiça social.

A Carta Magna não se limita à função de garantia do Estado de Direito, uma vez que em seu preâmbulo já revela a função de promoção de novas condições de vida social e de remoção dos obstáculos para um desenvolvimento pleno das personalidades dos indivíduos e grupos sociais.

Para tanto, é atribuída à família uma especial proteção, ante seu importante papel na promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal).

A Constituição apresenta “a expressão concentrada do direito existente em uma determinada ordem social e sua relação com o Direito Penal se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração de direito, e o conceito do que é direito tem de ser reduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça, expresso no ordenamento

<sup>190</sup> Nesse sentido: TACRSP, JTACRIM 32/416 e TACRRS, JTACRIM 41/317; TACRIM-SP, JUTACRIM 32/416.

<sup>191</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit, p. 187.

<sup>192</sup> CAHALI, Y. S. op. cit., p. 221.

<sup>193</sup> BARROS, F. A. M. de. op. cit., p. 421.

<sup>194</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit, p. 187.

<sup>195</sup> Idem, p. 188.

<sup>196</sup> Nesse sentido: TACRIM-SP, RJD 4/152.

constitucional”<sup>197</sup>. Enquanto o Direito Penal limita a esfera de liberdade do cidadão, a Constituição representa seu parâmetro de validade.

Dessa forma, os interesses que merecem proteção penal devem ser buscados na Constituição Federal, pois a lei penal deve ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional.

Como visto, a proteção do Estado à família independe da origem da entidade familiar constituída e mantida, razão pela qual não cabe ao intérprete pretender distinguir onde o texto constitucional não diferencia. Assim, nas relações informais, é imperiosa a atuação do Poder Público no sentido de lhe dar proteção.

“E, se porventura tal atuação já existe no campo legislativo, formalmente referindo-se tão-somente aos casados, é mister o emprego do processo analógico para estender o preceito legal aos companheiros, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a família informal”<sup>198</sup>.

Nesse esteio, não pode o Direito Penal permanecer o mesmo, sem mudanças. Para Márcia Dometila Lima de Carvalho, o Direito Penal “necessita revitalizar-se em seus conceitos e dogmas, a fim de atender aos atuais reclamos sociais positivados na Constituição”. Continua a autora que “o Direito não pode mais ser considerado como uma totalidade orgânica de regras postas, acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípios e normas em ação, em contínua mudança”. Finaliza que “o Direito Penal deve se arejar através de uma nova ótica interpretativa, baseada nos princípios constitucionais postos, e com a finalidade de promover uma maior justiça. Ao Direito Penal não é permitido enclausurar-se no seu reducionismo dogmático, alheando-se aos fins próprios do Direito na nova sociedade e ao momento presente, que reclama maior justiça”<sup>199</sup>.

O resultado disso, acrescenta a autora, é que verifica-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais. “Despenalização com referência a infrações, abrigadas nas leis penais, mas que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição, perdendo a sua razão de ser, a sua relevância social. Penalização de fatos, até então atípicos, mas

---

<sup>197</sup> CARVALHO, M. D. L. de. op. cit., p. 36 e ss.

<sup>198</sup> GAMA, G. C. N. da. *A família no Direito Penal*, op. cit., p. 216.

<sup>199</sup> CARVALHO, M. D. L. de., op. cit., p. 28 e ss.



que, diante da Lei Maior, passaram a ter relevância social, fatos até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente”<sup>200</sup>.

Nesse diapasão, os princípios conquistados no desenvolvimento histórico do país, positivados na Constituição Federal, devem, obrigatoriamente, cristalizar-se no Direito Penal, “sem o que este se tornaria ilegítimo, ensejando, ao mesmo tempo, a ineficácia da Constituição”<sup>201</sup>. E a Carta Magna, por ser a Lei das leis, não pode restar sem eficácia.

Portanto, o Direito Penal deve a ela amoldar-se, pois a qualquer conteúdo, colocado no tipo penal, não se atribuirá a natureza de Direito Penal justo, legitimado apenas porque oriundo de lei em sentido formal. O que realmente importa é que esteja informado pela ordem de valores produzidos no texto da Constituição Federal. “Acima da legalidade formal das leis penais, paira a legalidade material, extraída dos valores constitucionais”<sup>202</sup>.

Como observa Márcia Dometila Lima de Carvalho, “ a interpretação do Direito Penal, a sua aplicação, a legislação, o tratamento dos bens jurídicos a serem tutelados, em *ultima ratio*, pelo Direito Penal, material e processual, têm de estar embuídos dos valores cristalizados na ordem político-constitucional”<sup>203</sup>.

No contexto de repersonalização do direito, impõe-se que o Direito de Família gire em torno de valores existencialistas, humanistas, de modo a permitir a efetividade das normas constitucionais. Se a família não cumprir essa função, não merece proteção estatal.

Para a consecução de tal tarefa, as normas penais, que objetivam tutelar a família, não podem mais se restringir aos cônjuges, sendo imperativo constitucional a ampliação para proteção dos conviventes. Cuida-se de cumprir o comando constitucional, que tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, empregando-se uma interpretação teleológica-constitucional.

No entanto, essa missão não é só do legislador, mas também do Estado-julgador e do Estado-administrador. O primeiro deve realizar a integração da norma penal, no sentido de estender todos os preceitos que contenham regras protetoras à

---

<sup>200</sup> Idem, p. 38.

<sup>201</sup> Idem, p. 57.

<sup>202</sup> Idem, p. 59.

família matrimonial, alcançando a família informal<sup>204</sup>. O segundo, por sua vez, somente pode atuar, em matéria de execução de penas, de forma a tratar igualmente as famílias, não podendo discriminá-las.

Com propriedade conclui Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “é indispensável que, em se considerando o comando constitucional em matéria de proteção do Estado à família, o Direito Penal brasileiro seja repensado, sob pena de absoluta e desarrazoada inobservância do comando constitucional”<sup>205</sup>.

Como visto, em matéria de família, especialmente no tocante à união estável, o Direito Penal apresenta muitas lacunas. Então, para que se viabilize a efetividade da norma constitucional de proteção à família, indispensável o recurso da analogia, uma vez que a lei penal não cuida da família informal, protegendo somente a família matrimonializada. No entanto, ambas devem ser beneficiárias da tutela do Poder Público.

Por outro lado, o Direito Penal possui princípios conquistados historicamente e que não podem ser vilipendiados. Assim, como ressaltado acima, em observância ao princípio da legalidade, apenas as normas não-incriminadoras podem ser integradas através da analogia.

Dessa forma, conforme vem reconhecendo parte da doutrina e da jurisprudência, deve-se aplicar o processo analógico em favor dos companheiros, integrando as normas penais não-incriminadoras, conforme será analisado com mais detalhe a seguir.

#### **4.4 Resultado da aplicação da analogia e propostas de alteração legislativa**

Relembre-se que o Direito Penal se preocupa em tutelar a família, preservando-a através de normas não-incriminadoras. Sob tal aspecto, existem as escusas absolutórias previstas nos arts. 181, inc. I e 348, § 2º, ambos do Código Penal. Portanto, é isento de pena o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio do

---

<sup>203</sup> CARVALHO, M. D. L. de, op. cit., p. 142.

<sup>204</sup> Nas palavras de Márcia Dometila Lima de Carvalho (op. cit., p. 157): “na formação de uma magistratura verdadeira independente e culturalmente esclarecida, encontra-se a possibilidade de uma prestação jurisdicional correta, realizada através de uma interpretação dinâmica, teleologicamente dirigida para os valores constitucionais”.

<sup>205</sup> GAMA, G. C. N. da. *A Família no Direito Penal*, op. cit., p. 221.

outro, sem violência ou grave ameaça, e que auxilia o outro a subtrair-se à ação da autoridade pública, por motivo de crime apenado com reclusão.

O legislador penal, na primeira hipótese, teve a família como mais relevante que o patrimônio. Nesse sentido, a analogia se encaixa, estendendo-se a escusa absolutória aos companheiros, eis que em situação mais benéfica restariam. Para suprir a lacuna existente, cabe empregar analogia para preservar o bem jurídico família. Por conseguinte, e na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>206</sup>, o art. 181, inc. I, do CP, poderia ser escrito dessa forma:

*“É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:  
I – do companheiro, na constância da sociedade companheira”.*

No crime de favorecimento pessoal, da mesma forma, a família é protegida, em detrimento da administração da justiça. Trata-se de norma penal benéfica e que pode, portanto, ser integrada para abranger os companheiros, em consonância com o texto constitucional. Com a analogia, Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>207</sup> sugere o seguinte texto:

*“Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação da autoridade pública autor do crime a que é cominada pena de reclusão.  
(...)  
§ 2º. Se quem presta o auxílio é companheiro, fica isento de pena”.*

Diante da regra constitucional a integração de tais normas é imperiosa a fim de suprir a lacuna da lei, que não pode mais persistir. Até a aprovação de modificação no texto legislativo<sup>208</sup>, cabe aos aplicadores do Direito a integração mencionada.

Além das escusas absolutórias, também foram apontadas as causas de extinção da punibilidade do agente que casa com a vítima nos crimes contra os costumes ou quando, nos crimes sem violência real ou grave ameaça, a vítima casa com terceiro e não requer o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal

<sup>206</sup> Idem, p. 225.

<sup>207</sup> Idem, p. 227.

<sup>208</sup> O Anteprojeto elaborado pela Comissão nomeada pela Portaria nº 1.265, de 16.12.97, do Ministério da Justiça, publicado no Diário Oficial – Seção I, de 25.03.98, p. 5 e 9 já prevê alterações nesse sentido.

em sessenta dias a contar da celebração do casamento. Indiretamente ainda existe o perdão judicial (art. 107, inc. IX, do CP).

No que concerne ao perdão judicial, não há a menor dúvida que aplica-se aos companheiros, sem necessidade de integração analógica, bastando uma interpretação adequada da norma penal. Via de consequência, no caso de perda do companheiro em virtude de acidente automobilístico provocado culposamente pelo consorte, o sofrimento do sobrevivente já representa a maior sanção que ele poderia receber, tornando desnecessária e inútil a aplicação de qualquer sanção penal.

A discussão surge acerca das causas de extinção da punibilidade relacionadas ao casamento da ofendida nos crimes contra os costumes. Como o objetivo da lei penal é proteger a família e como a Constituição Federal preserva a família, independente da sua origem, não há o que se dizer contra o emprego da analogia nesses casos, uma vez que seria *in bonam partem*, não contrariando o princípio da reserva legal.

O comando constitucional deve ser concretizado, tornado imediatamente aplicável aos casos penais, sob pena de descumprimento da norma constitucional.

Assim, para Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>209</sup>, a lei penal, integrada, poderia ser lida assim:

*“Art. 107. Extingue-se a punibilidade:*

*(...)*

*VII – pelo compenheirismo do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;*

*VIII – pelo compenheirismo da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da configuração da formação do vínculo familiar”.*

Quanto à configuração da união estável, Calmon Nogueira da Gama comenta que “evidentemente, como o compenheirismo somente se considera constituído com a presença de todos os requisitos já narrados (...), o termo *ad quem* para verificação da ocorrência da causa de extinção da punibilidade será o fim do prazo de sessenta dias após a configuração da estabilidade do vínculo informal

constituído. E, obviamente, o *onus probandi* incumbirá a quem interessar a demonstração da ocorrência (ou não) da causa extintiva da punibilidade mencionada)”<sup>210</sup>.

No que concerne à emoção e à paixão, circunstância legal genérica ou especial, prevista nos arts. 65, inc. III, “c”, 121, § 1º e 129, § 4º, todos do Código Penal, não é necessário o emprego da analogia a fim de proteger os companheiros, uma vez que essas normas tutelam valores de ordem subjetiva, independente da existência de vínculo formal do agente.

O mesmo não ocorre com a norma do art. 221, do Código Penal, que prevê, como visto, uma causa de diminuição da pena do agente que comete rapto com o fim de casamento, tendo em vista que nesse caso deve ser utilizada a analogia para integrar a norma, em obediência à Constituição Federal.

Por outro lado, nas normas penais incriminadoras a analogia não pode ser empregada, pois restaria violado o princípio da reserva legal do Direito Penal. Assim, mesmo gozando de proteção constitucional, a união estável não pode levar à integração das normas penais incriminadoras.

Nessa perspectiva, analisando-se o Título VII, da Parte Especial, do Código Penal, observou-se que a disciplina que envolve o tema da integração quanto aos companheiros está adstrita aos Capítulos I e III, que tratam dos crimes contra o casamento e contra a assistência familiar, respectivamente.

*Ainda, nesses capítulos, os arts. 236 a 239 guardam estreita relação com o casamento. Não há o que se falar em proibição de analogia in malam partem, mas de completa “ausência de similitude entre as situações envolvendo os companheiros e os casados”<sup>211</sup>.*

Igualmente, os arts. 245 a 247 referem-se a situações envolvendo pessoas casadas.

Portanto, apenas os crimes de bigamia (art. 235), de adultério (art. 240) e de abandono material (art. 244, primeira parte), no âmbito dos crimes contra a Família, guardam ponto de encontro no tocante às relações travadas entre os companheiros.

---

<sup>209</sup> Idem, p. 235.

<sup>210</sup> Idem, p. 236.

<sup>211</sup> Idem, p. 244.

Além de tais normas incriminadoras, devem ser analisadas aquelas relacionadas ao tratamento de circunstâncias relacionadas à família, já apontadas, quais sejam: causas de aumento de pena (arts. 133, § 3º, inc. II, e 226, inc. III), qualificadoras (arts. 148, § 1º, inc. I, 227, § 1º, 228, § 1º, 230, § 1º e 231, § 1º) e agravante (art. 61, inc. II, alínea “e”).

Como leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, tais normas (incriminadoras e circunstâncias) “relacionadas ao casamento, aos cônjuges, aos casados, ao marido, enfim, aos institutos vinculados à família matrimonial, não podem ser integradas, via processo analógico, para alcançarem as situações envolvendo os companheiros, exatamente em virtude do princípio da reserva absoluta de lei”<sup>212</sup>.

Nesse sentido, levando em consideração a Constituição Federal, o autor<sup>213</sup> propugna a alteração legislativa desses dispositivos, de modo a abarcar os companheiros, para que assim possam ser responsabilizados. O que não é necessário com relação às normas benéficas, pelo menos para o efeito de aplicação, já que possível a integração.

---

<sup>212</sup> Idem, p. 245.

<sup>213</sup> Idem, p. 254 e ss.

## **PARTE V – VISÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PENAL: CONCLUSÕES**

Pelo exposto, depreende-se que o trabalho ora apresentando está fulcrado na efetividade da Constituição Federal que, alçada na dignidade da pessoa humana, dá proteção especial à família, independente da sua origem.

A Constituição Federal significou um novo vetor interpretativo para os dispositivos de lei já vigentes à época de sua promulgação. Dessa forma, as normas infraconstitucionais devem ser relidas e reentendidas, à luz dessa nova mentalidade.

O Direito Penal, como parte do ordenamento jurídico, não pode se quedar inerte ante as importantes e profundas mudanças trazidas pelo texto constitucional, devendo empreender novo tratamento em relação à família, sem afrontar seus princípios.

Assim, na esteira de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “faz-se necessário ter uma nova visão da família informal no Direito Penal, cumprindo os comandos constitucionais de 1988”<sup>214</sup>.

Como visto, diante do princípio da reserva legal, no Direito Penal é inadmissível a integração de lacunas através de transposição da norma incriminadora à situação concreta, via processo analógico.

Por outro lado, é admitido o emprego da analogia relativamente às normas penais não-incriminadoras com vistas à proteção dos companheiros, atendendo, assim, o imperativo constitucional de proteção à união estável. Admite-se, pois, a analogia *in bonam partem*, negando-se a analogia *in malam partem*.

Perante esse quadro, cabe ao intérprete corrigir o descompasso produzido na legislação penal, decorrente do reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988, na medida do princípio da reserva legal.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1989.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos Rumos do Direito de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. 4ª ed. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1987.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal, Parte Geral*. 2ª ed. Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extrapatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.).



*Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1995.

CICILIATI, Edmar de Oliveira. *União estável: elementos objetivos e subjetivos para sua caracterização*. Revista Jurídica FADAP, São Paulo, nº 2, 149-175. 1999.

COLTRO, Antônio Mathias. A união estável no Direito Projetado – o Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA, Divanir José da. Aspectos do Direito de Família na Constituição e nas leis reguladoras. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 5º vol., 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do Direito de Família, Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FILIPPE, Rejane Brasil. *Regime de Bens e Alimentos*. Revista do Advogado, n. 41, p. 18, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no Direito Penal*. São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: RT, 1994.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal, Parte Geral*. São Paulo: RT, 1987.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos Polêmicos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do Direito Penal. In: *Ciência Penal, Coletânea de Estudos em Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba: JM, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 1997.

MATIELO, Fabrício Zamproga. *União estável – Concubinato: repercussões jurídico-patrimoniais*. 3ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. São Paulo: Renovar, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito de Família*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, Introdução e Parte Geral*. Vol. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato e a Constituição Atual*. Rio de Janeiro: BVZ, 1992.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PEDROSO, Fernando. *Perdão judicial: natureza da sentença concessiva – possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial*. RJ, nº 214, ago/95, p. 40.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. V, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PIRES, Maria da Graça Moura de Sousa Soromenho. *O Concubinato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Argumentação analógica em matéria penal*. In: *Ciência Penal, Coletânea de Estudos em Homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba: JM, 1999.

RAMOS, Carmen Lucia. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. São Paulo: Renovar, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e concubinato – efeitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

ROCHA, Vera Nilva Alvares. *A agressão que causa maior dor, psicológica e juridicamente*. *Jornal Síntese*, nº 10, dez/97, p. 12.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Direito de família*. Vol. 6, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1983.

WISEU JUNIOR, Júlio Cesar. O estatuto da relação concubinária. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WALD, Arnoldo. A união estável (evolução jurisprudencial). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. 11ª ed. São Paulo: RT, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A proteção de natureza cautelar aos direitos dos conviventes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. Vol. 4, São Paulo: RT, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997.