

JUSTIÇA & CIDADANIA

WWW.REVISTA.JCCOM.BR

Ano III,
Nº 17
Julho/2001

As lições da crise energética



Des. Geraldo Apollano
Presidente do TRF 5ª Região:

"A Nação não pode conviver com o malogro de suas instituições"

Editorial: DURA LEX, SED LEX

A Família Contemporânea no Direito Penal (Final)

Guilherma Galmon Nogueira da Gama é Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS REFLEXOS PENAIS NA FAMÍLIA INFORMAL

A proteção do Estado à família informal ou companheirismo

Como visto, a partir do texto constitucional, em seu artigo 226, caput e § 3º, o aspecto da proteção que o Estado deve fornecer em favor da família é norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não havendo distinção entre a "especial proteção do Estado", expressa no caput, e a "proteção do Estado", constante do § 3º, do dispositivo mencionado.

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, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a família informal.

Para viabilizar a efetividade da norma constitucional no âmbito do Direito Penal, portanto, o recurso ao processo da analogia é absolutamente indispensável e necessário, pois: a) a lei penal não cuida da proteção da família informal; b) a lei penal regula situação que guarda coincidência com aquela não regulada, por força do preceito imperativo, em nível constitucional - ou seja, a lei penal protege a família matrimonial; c) as duas situações apresentam ponto comum, a saber, são beneficiárias das medidas e ações do Poder Público, em todas as funções executiva, legislativa e judiciária, para cumprimento da regra de proteção da família na sua formação e subsistência. Ou seja, ambas as famílias, matrimonial ou extramatrimonial, são beneficiárias da tutela protetora do Poder Público.

Evidentemente que diante da função específica do Direito Penal, na tutela dos interesses maiores da sociedade, mas sem

atentar contra princípios e garantia historicamente conquistados, a integração da norma penal, através da analogia, somente é possível em se tratando de normas não-incriminadoras (ou benéficas), ou seja, somente se admite a analogia in bonam partem.

NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS

Crimes contra o casamento

São considerados como tais os crimes elencados nos arts. 235 a 240 do Código Penal, quais sejam: a bigamia (artigo 235); o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (artigo 236); o conhecimento prévio de impedimento (artigo 237); simulação de autoridade para celebração de casamento (artigo 238); a simulação de casamento (artigo 239) e o adúltero (artigo 240).

A objetividade jurídica destes crimes é a família matrimonial, não podendo ser incluída a família informal por serem as normas penais incriminadoras, pois, do contrário, haveria violação dos princípios da reserva absoluta de lei.

Os crimes dos arts. 236 a 239, do Código Penal, estão intimamente relacionados ao casamento, como ato solene e instituição. Logo, não há o que se falar em semelhança com o companheirismo devido à sua informalidade.

A bigamia (art.235, do Código Penal) expressamente se refere à condição especial do agente do crime, não se podendo incluir o companheiro, diante da ausência de vínculo formal na primeira união e do princípio da reserva legal.

No adúltero (art.240, do Código Penal), somente pessoa casada pode ser agente, e o consorte, a vítima. O dever de fidelidade é próprio dos cônjuges, sendo a analogia inaplicável pelo princípio da reserva legal.

Crimes contra o estado de filiação

De acordo com o Código Penal, são crimes contra o estado de filiação: o registro de nascimento inexistente (artigo 241); parto suposto, supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (artigo 242) e sonegação de estado de filiação (artigo 243).

Observa-se que, no tocante aos crimes contra o estado de filiação, a família, sob o prisma das relações de paternidade, maternidade e filiação, é objeto de proteção do Estado, preservando a autenticidade dos vínculos jurídicos em relação à realidade biológica.

A família tutelada no caso é aquela sob o prisma dos vínculos jurídicos de paternidade, maternidade e especialmente filiação, não havendo qualquer norma que se aplique especialmente aos casados.

Crimes contra assistência familiar

O Código Penal prevê as figuras típicas dos arts. 244 a 247, quais sejam: o abandono material, a entrega de filho menor a pessoa indônea, o abandono intelectual e o abandono moral, de onde se conclui que a lei penal buscou proteger, de forma imediata, a manutenção e a subsistência da família, sob os aspectos material e moral. Ressalta-se ainda que, à exceção do art. 244, em todos os demais não há qualquer referência às situações envolvendo as pessoas casadas, não podendo se invocar a analogia.

No tocante ao crime de abandono material, cumpre fazer uma distinção. Na sua primeira modalidade deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, somente o cônjuge pode ser sujeito ativo, mesmo após a Lei nº 8.971/94, que implicitamente instituiu o dever de assistência material recíproca, pois não se admite analogia in malam partem. Enquanto na segunda modalidade, faltar ao pagamento de pensão alimentícia, o sujeito ativo é o devedor da pensão, inclusive o companheiro, diante da Lei nº 8.971/94, o mesmo ocorrendo quanto ao comportamento

descrito no parágrafo único do art. 244, do Código Penal.

Crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela

Constata-se, novamente, que a lei penal, nos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela (arts.248 e 249, Código Penal), visa proteger a família, a ela equiparado, para fins assistenciais, o vínculo da tutela e da curatela. É completamente irrelevante, quanto a tais crimes, a existência ou não de casamento para a formação e manutenção da família, razão pela qual a formalidade ou informalidade da família é indiferente para a configuração do evento criminoso.

OUTRAS CONDUTAS PENALMENTE RELEVANTES

Cabe arrolar sucintamente as circunstâncias especiais sob a forma qualificadora, de causas de aumento de pena, e de circunstância agravante, constantes dos crimes que levam em consideração aspectos relacionados à instituição familiar para maior reprovabilidade da ação. Há no caso a proteção mediata da família, ora no tocante ao dever de assistência moral, ora no que pertine ao dever de fidelidade, sendo que em todas elas fez-se referência expressa a um instituto do Direito matrimonial, pressupondo, portanto, o casamento do agente. Desse modo, não se pode invocar a analogia para integrar tais normas, considerando-as aplicáveis também em relação aos companheiros, sob pena de violação ao princípio da reserva absoluta de lei. São elas:

a) Qualificadoras:

Crime de seqüestro

Na forma qualificada no art. 148, § 1º, do Código Penal, em que ocorre a tutela da família matrimonial, sob o dever de assistência material e moral, não cabe a analogia por adotar o conceito de "cônjuge" do Direito Civil.

Crimes de lenocídio qualificado

É previsto o lenocídio familiar só entre pessoas casadas conforme estabelece os arts. 227, § 1º, 228, § 1º, 230, § 1º, 231, § 1º, todos do Código Penal, sendo inviável o emprego da analogia.

b) De causas de aumento de pena:

Crime de abandono de incapaz

Em tal caso, quando o agente é cônjuge da vítima (art. 133, § 3º, II, do Código Penal), indiretamente a lei penal tutela a assistência material e moral nas relações familiares matrimoniais, não se aplicando aos companheiros.

Crimes contra a liberdade sexual, de sedução, corrupção de menores e raptos

Nesta hipótese, quando o agente é casado, conforme o art. 226, III, do Código Penal, vê-se mais uma vez que a lei penal busca preservar a tranquilidade das relações familiares, com o cumprimento dos deveres matrimoniais, excluindo-se os companheiros.

c) De circunstância agravante

ter o agente cometido o crime contra cônjuge

O Código Penal, art. 61, II, "e", do



Juiz Guilherme Calmon

Código Penal, busca tutelar a continuidade da paz conjugal, o dever de assistência moral, em que também não cabe a analogia, em virtude do princípio da reserva legal. Aplica o conceito de cônjuge do Direito Civil, e relativamente aos companheiros não havia qualquer dever pessoal, não se incluindo na agravante.

NORMAS PENAIS NÃO-INCRIMINADORAS (BENÉFICAS)

O bem jurídico "família" também é tutelado no Direito Penal no sentido de beneficiar o agente, diante da prevalência do interesse em se resguardar a família sobre outros bens. A lei penal prefere, em certos casos, abdicar ou atenuar o jus puniendi na busca da preservação de valores familiares:

As escusas absolutórias

Na legislação penal brasileira, há as duas escusas absolutórias tutelando a família

matrimonial, previstas na Parte Especial do Código Penal, artigos 181, inciso I, e 348, § 2º: a isenção de pena para o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio do outro, sem violência ou grave ameaça, e para aquele que auxilia o outro a subtrair-se à ação de autoridade pública, por motivo de crime apenado com reclusão. São regras claramente protetoras da família que, sob a égide da Constituição de 1988, não se restringem aos unidos matrimonialmente.

No caso dos crimes não violentos (e sem grave ameaça) contra o patrimônio, diante do confronto entre a lesão patrimonial ocorrida e a ameaça de desestruturação da família, o legislador penal fez uma inequívoca opção: a família é mais importante e, portanto, merece maior proteção do que o patrimônio do lesado. Assim, na busca da implementação do comando constitucional, sob o aspecto de proteção do Estado à família, a analogia se encaixa precisamente na hipótese em tela, admitindo a aplicação do artigo 181, inciso I, do Código Penal, ao companheiro, integrando a norma da seguinte forma: "Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do companheiro, na constância da sociedade companheiril".

Trata-se, portanto, de integrar a norma penal benéfica existente, através da analogia, para considerar suprida a lacuna com a adoção do raciocínio anteriormente descrito, na preservação do bem jurídico família.

Com efeito, apesar das mudanças detectadas na sociedade brasileira, o período anterior ao advento do texto constitucional de 1988 não possibilitava a interpretação do disposto no artigo 181, inciso I, do Código Penal, no sentido de alcançar os companheiros, exatamente diante da ausência do bem jurídico a ser tutelado através dessa norma em se tratando de companheirismo. Os avanços então verificados em matéria de união extramatrimonial se situavam no campo do Direito das Obrigações, nas relações internas entre os companheiros, e no Direito Previdenciário e na Infelizmente, nas relações externas com a sociedade e com o Estado.

Assim, em obediência ao comando constitucional contido no artigo 175, caput, do texto constitucional então vigente, norteador da regra de proteção à família, o Direito Penal não protegia o companheirismo. A situação atual, diante da norma contida no artigo 226, da Lei Maior, é exatamente contrária àquela, razão pela qual os aplicadores das normas somente poderão dar efetivo cumprimento ao comando normativo constitucional com a adoção do processo analógico in bonam partem.

No crime de favorecimento pessoal, que

tutela a administração da justiça, o confronto entre tal bem jurídico e a família, da mesma forma, é resolvido com a prevalência da tutela protetiva à família, levando em consideração a necessidade de preservar os sentimentos de solidariedade, de confiança, de benquerança e, - porque não - de amor que unem os partícipes da entidade familiar. Assim, o legislador optou por preservar a família em detrimento dos interesses de administração da justiça, ao estatuir a escusa absolutória prevista no artigo 348, § 2º, do Código Penal.

Trata-se, portanto, de norma penal benéfica, protetora das relações e vínculos familiares, e que pode servir para integrar a situação envolvendo os companheiros, a partir de 1988, com o texto constitucional.

Assim, caso venha a ser aprovado o anteprojeto, ao menos na redação dos dois dispositivos anteriormente transcritos, haverá a observância estrita da Constituição Federal de 1988, quanto à tutela de proteção que o Estado deve fornecer à família, independentemente de sua origem. Mas, até a aprovação do texto final, é imperioso que os aplicadores do Direito, dotados dos instrumentos necessários, já integrem as normas em vigor, para o fim de alcançar as famílias informais retratadas no companheirismo.

As causas de extinção da punibilidade

Nesse particular, ressaltamos as causas de extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com o agente nos crimes contra os costumes, previstos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, ou pelo casamento da ofendida com terceiro, em tais crimes, desde que não haja violência real ou grave ameaça e que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal em sessenta dias a contar da celebração do casamento.

A respeito da extinção da punibilidade em virtude da família constituída entre a vítima e terceiro, é também perfeitamente aplicável o processo da analogia, ressaltando as mesmas condições expressamente previstas na lei acerca da gravidade do crime e a manifestação da vítima quanto ao interesse em dar prosseguimento nas medidas necessárias à ulatimação do inquérito policial ou da ação penal. Evidentemente, como o companheirismo somente se considera constituído com a presença de todos os requisitos já narrados anteriormente, inclusive quanto ao prazo mínimo de dois anos, 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 de punibilidade mencionada.

As circunstâncias

Ao que se nos afigura, é perfeitamente possível o reconhecimento, nos crimes envolvendo os companheiros (como sujeitos ativo e passivo da configuração de circunstâncias como emoção e paixão), previstas nos artigos 65, inciso III, "c", 121, § 1º e 129, § 4º do Código Penal, mesmo sem recorrer-se à analogia ditada pelo art. 226, caput da Constituição de 1988. Isto porque é da essência daquelas circunstâncias não o vínculo formal da união, mas a relação emocional própria que inspira aqueles ligados afetivamente.

A circunstância legal especial constante do artigo 221, do Código Penal, ou seja, o raptos para fim de casamento, exige uma análise mais minuciosa. Tal como visto, a causa de diminuição da pena visa a atenuar o rigor da sanção penal levando em conta a finalidade de constituição da família através do casamento, ainda que no futuro este não viesse propriamente a se concretizar. Logo, os sentimentos do agente e a relevância do desejo de constituir família com a vítima devem ser considerados, razão pela qual o Direito Penal trata diferentemente os agentes dependendo do animus verificado para a prática do crime. Se o agente pretende a satisfação de seus desejos libidinosos, o crime é o de raptos sem qualquer atenuação do rigor da lei. Ao contrário, se também tem a intenção de constituir família com a vítima, deve incidir a causa de diminuição da pena, prevista no artigo 221, do diploma penal. E, como a lei se refere tão-somente ao fim de casamento, deve-se integrar a norma ao caso envolvendo o raptos com o fim de constituir a família informal ou companheirismo, aplicando-se o processo analógico.

Companheirismo e Casamento no Direito Penal

Ao que se nos afigura, a regra constitucional da preponderância do casamento sobre o companheirismo é plenamente cumprida no sistema penal em vigor.

Com efeito, não existe qualquer óbice a que a legislação penal que tutela a família prossiga intacta, sem sofrer qualquer mudança estrutural, sendo perfeitamente compatível o sistema atual com a Constituição Federal.

Na legislação penal brasileira, há as duas escusas absolutórias tutelando a família matrimonial, previstas na Parte Especial do Código Penal, artigos 181, inciso I, e 348, § 2º: a isenção de pena para o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio do outro, sem violência ou grave ameaça, e para aquele que auxilia o outro a subtrair-se à ação de autoridade pública, por motivo de crime apenado com reclusão. São regras claramente protetoras da família que, sob a égide da Constituição de 1988, não se restringem aos unidos matrimonialmente.

Evidentemente, como visto, para suprir as lacunas existentes acerca da proteção à família informal, no tocante às normas penais não-incriminadoras, a aplicação do processo analógico é essencial. E, quanto às normas penais incriminadoras, à evidência, não se pode cogitar de aplicar o mesmo processo analógico, diante do princípio da reserva absoluta de lei e da conseqüente vedação à analogia in malam partem.

A circunstância dos casados continuarem a sofrer a intimidação das normas penais incriminadoras - como por exemplo a previsão quanto aos crimes de adultério, de bigamia e de abandono material -, não significa dizer que o companheirismo seja privilegiado, por não receberem tal tratamento. Como visto, a não-aplicação da analogia, relativamente às normas penais incriminadoras, não gera benefício para os companheiros; ao contrário: a missão do Direito Penal, ao tipificar certos comportamentos, é apreender aqueles que violam interesses mais importantes e completos na sociedade, exatamente com o intuito de protegê-los e, evidentemente, punir os seus violadores. Logo, se no crime de adultério, a lei penal busca tutelar o dever de fidelidade recíproca, tentando intimidar os cônjuges a não violarem tal dever, na busca da preservação do casamento, em relação ao dever de lealdade entre os companheiros, a lei penal não considerou tal interesse suficientemente relevante a ponto de incriminar a conduta do companheiro que infringe tal dever.

É certo que, em obediência ao aspecto da proteção que o Estado deve fornecer à família, o Direito Penal tenderá a não mais diferenciar qualquer comportamento dos casados em relação aos companheiros, mas não há qualquer impedimento a que os casados sejam tratados mais beneficentemente do que os companheiros, como atualmente ocorre diante das normas penais incriminadoras analisadas. Assim, a despeito da compatibilidade entre o sistema penal vigente e a Constituição Federal, é possível aperfeiçoar a legislação com a descriminalização de certos comportamentos até hoje considerados delituosos em matéria relacionada à família, e a incriminação de outros comportamentos, atualmente reputados irrelevantes para o Direito Penal.

NOVA VISÃO DA FAMÍLIA INFORMAL NO DIREITO PENAL: CONCLUSÃO

Sendo inequívoco constatar não a

decadência, mas o redirecionamento das relações familiares, busca-se, hodiernamente, por intermédio da repersonalização da família, preservar e desenvolver, através da valorização do conteúdo extrapatrimonial das células familiares, o desenvolvimento pessoal e social das potencialidades dos partícipes.

Como já dito, "ao Estado incumbe a difícil tarefa de promover o fornecimento de condições materiais, estatuidas as regras impositivas necessárias, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das famílias, permitindo o cumprimento dos deveres matrimoniais, companheirismos, parentais e assistenciais, e promovendo valores que, em última análise, alicerçam a vida social, decorrentes da família, sendo o principal deles o amor".

Os operadores do Direito Penal, como ramo do Direito Público, não podem se quedar inertes ante o dever jurídico-constitucional de empreender novo tratamento em relação à família, sem afrontar princípios e normas principiológicas consagradas historicamente.

De maneira bastante resumida, podemos elencar as seguintes conclusões, dispostas sem qualquer hierarquia valorativa:

1. O instituto familiar e por conseqüência o próprio Direito de Família são objeto de mutações intrínsecas ditadas por fatores exógenos em constante transformação, tais como contexto social, cultural, moral, religioso e econômico.
2. A família contemporânea, como instituição, afigura-se como um conjunto de pessoas que se vinculam pelo casamento, pelo companheirismo, pelos parentescos biológico e socioafetivo.
3. A Constituição de 1988 concede proteção especial à família, tendo em conta o importante papel do organismo familiar na promoção da dignidade da pessoa humana, possibilitando o pleno desenvolvimento de sua personalidade. A própria alteração das regras de dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio, representa a valorização do elemento anímico das relações familiares, atendendo aos postulados da repersonalização do Direito de Família.
4. A comparação entre a redação dos artigos 175, da Emenda Constitucional nº 01/69, e 226, da Constituição de 1988, permite a constatação de que a família, objeto de proteção do Estado, deixou de ser apenas aquela originada e mantida através do casamento. As famílias informal e uniparental foram finalmente reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro, apesar do vínculo de filiação já

produzir o surgimento de famílias, mesmo antes de 1988, tuteladas principalmente no campo assistencial.

5. Na exegese do artigo 226, § 3º da Carta Política de 1988, três aspectos exsurgem no que tange à tutela à "união estável": a) a questão da eficácia plena do dispositivo constitucional relativamente à proteção que o Estado deve dar aos companheiros; b) a conversão da "união estável" em casamento, tratando-se de norma de eficácia limitada de princípio institutivo, pois depende de regulamentação infraconstitucional para que possa operar efeitos jurídicos; c) a necessidade de legislação infraconstitucional regulamentadora também no tocante às relações internas e diretas envolvendo os companheiros.

6. Quanto ao aspecto de proteção que o Estado deve ministrar à família, a norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata e, assim, em todas as ocasiões em que haja tutela estatal quanto à família, no sentido da proteção contra estranhos e mesmo contra o Poder Público, não há como restringir o alcance do conceito de família. Os efeitos externos do companheirismo como instituto formador e mantenedor da família devem ser os mesmos relativos ao casamento e à monoparentalidade.

7. A Constituição Federal produziu reflexo no Direito Penal, diante do comando contido no artigo 226, no sentido do Estado ter o dever de dar especial proteção à família, independentemente de sua origem. As normas penais que tutelam a família não podem mais se limitar aos cônjuges, sob pena de descumprimento da Lei Maior.

8. Podem ser identificadas três fases distintas no tratamento do Direito brasileiro no tema envolvendo o companheirismo: a) a rejeição ao tratamento benéfico de tais uniões, consideradas uniões espúrias, imorais, para paulatinamente reconhecer poucos efeitos, no campo obrigacional, para evitar o enriquecimento sem causa; b) o início da tutela assistencial, por parte do Estado, mas sem considerar tal união como espécie de família, com o início da proteção na esfera previdenciária, da infortunistica e outras; c) a tutela constitucional do companheirismo, ao lado do casamento e da monoparentalidade, com a determinação da especial proteção que o Estado deve ministrar à família.

9. São características da família informal ou companheirismo: a) a finalidade de constituição de família; b) estabilidade; c) unicidade do vínculo; d) notoriedade; e) continuidade; f)

informalismo (ou ausência de formalidade).

10. São requisitos objetivos da família informal: a) diversidade de sexo; b) ausência de impedimentos matrimoniais (e circunstanciais); c) comunhão de vida; d) lapso temporal de convivência. São requisitos subjetivos: a) convivência more uxorio; b) affectio maritalis.

11. No Direito Penal, é inadmissível a integração da lacuna através da transposição da norma incriminadora à situação concreta, via processo analógico, sendo apenas admitido o emprego da analogia relativamente às normas penais não-incriminadoras: "admite-se, pois, a analogia in bonam partem, negando-se aplicação à analogia in malam partem". A circunstância de não se aplicar a analogia quanto às normas incriminadoras relativas aos casados não favorece aos companheiros e, logicamente, não prejudica os casados.

12. Nos crimes contra a assistência familiar, a lei penal busca tutelar, imediatamente, a manutenção da família, no que concerne à sua subsistência material e moral, protegendo o dever de assistência material e moral entre os familiares (artigos 231, incisos III e IV, 396, ambos do Código Civil).

13. A lei penal, ao tutelar a família, visa beneficiar os familiares, considerando a prevalência do interesse em resguardar a família quando em jogo outro bem jurídico, de menor relevância. Assim, o Direito Penal institui escusas absolutórias, algumas causas de extinção da punibilidade e circunstâncias benéficas ao agente, buscando preservar a família, renunciando ou atenuando o jus puniendi.

14. A extinção da punibilidade em virtude do casamento do agente com a vítima, além da reparação do dano causado diante da prática do crime, tem como principal fundamento preservar a família constituída entre ambos. Há presunção juris et de jure que a instituição familiar merece ser protegida em detrimento do jus puniendi estatal. Já na hipótese de casamento da vítima com terceiro, não há tal presunção absoluta, porquanto pode interessar à sociedade a punição do criminoso diante da gravidade do crime, ou por iniciativa da vítima - daí o tratamento mais rigoroso da lei penal. Em ambas as hipóteses, diante da norma constitucional de 1988, é possível a aplicação da analogia para abranger a constituição da família informal após o crime.

15. No tocante à extinção da punibilidade consistente no perdão judicial, mormente nas hipóteses de homicídio e lesões corporais culposas, apesar de não diretamente se relacionar à proteção da família, antes mesmo

da Constituição de 1988, já se considerava o grande sofrimento de um dos companheiros diante do desaparecimento do outro ou, em virtude das graves lesões e seqüelas sofridas pelo consorte. Assim, o sofrimento torna desnecessária a punição do companheiro em tais casos.

16. A circunstância da emoção ou paixão, ora tratada como circunstância genérica atenuante, ora como causa de diminuição de pena, também não está diretamente relacionada à família, mas considerando que se refere a elemento anímico muito freqüente na vida a dois, é perfeitamente compatível nos crimes envolvendo um dos cônjuges ou companheiros, independentemente da influência da Constituição Federal.

17. O rapto para fim de casamento, ainda que este não se concretize, gera diminuição da pena do agente, levando em consideração o desejo de formar uma nova família, razão pela qual pode perfeitamente ser adotada a analogia para integrar a norma penal em relação ao agente que pretendia se unir, em companheirismo, à vítima, constituindo organismo familiar, ainda que o seu intento não venha a se concretizar.

18. A família constituída pelo casamento, na dicção da Emenda Constitucional nº 01/69, é instituição bem mais restrita que a "família, base da sociedade", prevista na Constituição

Federal de 1988. No âmbito do Direito Penal, os preceitos que tutelavam a família, os valores e relações próprias da instituição familiar, não se aplicavam aos companheiros, diante da regra contida no art. 175, caput, de Emenda nº 01/69 à Constituição de 1967.

19. A ordem de proteção à família, emanada do art. 226, da Constituição Federal, tem como destinatário-subordinado o Estado (Poder Público) em todas as suas funções.

20. O recurso à analogia no âmbito do Direito Penal é essencial para dar efetividade ao comando constitucional, pois: a) a lei penal não cuida da proteção da família informal; b) a lei penal regula situação que guarda coincidência com aquela não regulada, ou seja, protege a família formal; c) as duas situações apresentam ponto comum, pois ambas as famílias são beneficiárias das medidas e ações do Poder Público com o objetivo de cumprir a regra da proteção à instituição familiar.

21. A regra constitucional da preponderância do casamento sobre o companheirismo é plenamente cumprida no sistema penal em vigor.

22. Não há óbice a que a legislação penal que tutela a família prossiga inalterada, sendo perfeitamente compatível com a Constituição Federal, devendo se aplicar o recurso ao processo analógico para proteger a família informal quanto às normas penais não-incriminadoras. ■

1 Apesar de entender que o direito brasileiro havia evoluído e que deveria rever sua posição na matéria em relação ao companheirismo, Ruy Cardoso TUCUNDUVA reconheceu a inaplicabilidade da regra do artigo 181, inciso I, do Código Penal, aos companheiros, sugerindo que fosse concedido perdão judicial em tais casos (TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. Imunidades penais nos crimes contra o patrimônio. *Justitia*, v.37, n.88, 1975, 251).

2 Ora previstas como circunstâncias legais genéricas, ora tratadas como circunstâncias legais especiais (causas de diminuição da pena).

3 GAMA, Guilherme C. N. da, op. cit., p. 509.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Heloisa Helena. *Novas tendências do direito de família*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 2, p. 227-232, 1994.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. *União estável: reflexos na esfera penal*. Revista Jurídica do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, p. 337-342, ago/nov. 1997.

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

VILLELA, João Baptista. *As novas relações da família*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15. Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1994. p.639-647.

TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. *Imunidades penais nos crimes contra o patrimônio*. *Justitia*, v.37, n.88, p. 245-252, 1975.