

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SERIAM A GUARDA, TUTELA E CURATELA BENS JURÍDICOS PENAIS? UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ARTS. 248 E 249 DO CP À LUZ DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

¿SERÍAN LA GUARDIA, TUTELA Y CURATELA BIENES JURÍDICOS PENALES? UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARTS. 248 Y 249 DEL CP A LA LUZ DE LA EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

**Gerson Faustino Rosa
Gisele Mendes De Carvalho**

Resumo

O presente trabalho tem por escopo a análise crítica e a exploração de um importante problema político-criminal da atualidade: a criminalização de condutas que afrontam a guarda, tutela e curatela no Código Penal, quais sejam os arts. 248 e 249, o que não mais se coaduna com a atual função do sistema penal, criticando-se a atividade desenfreada do Poder Legislativo, que produz leis penais para não tutelar qualquer bem jurídico, ou ainda, para salvaguardar bens passíveis de proteção por outras esferas do Direito, valendo-se da força simbólico-comunicativa do Direito Penal desnecessariamente, ampliando em demasia o alcance da pena criminal, a ponto de vulgarizar todo o sistema jurídico-penal em razão de seu uso indiscriminado. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da política criminal relativa ao livre planejamento familiar, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares, como ocorre no Código Penal de 1940, destacando a necessidade de se respeitar os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade antes de o legislador valer-se da ingerência penal para tutelar qualquer bem jurídico. Mais adiante, apresenta-se a importância do bem jurídico-penal, dando ênfase à família como bem jurídico categorial, em especial à guarda, à tutela e à curatela, supostamente lesadas quando do cometimento dos crimes descritos nos arts. 248 e 249 do Código Penal. Assim, analisam-se brevemente os tipos penais mencionados, criticando-se tal criminalização, tendo em vista tais delitos serem tipos penais subsidiários, perfeitamente prescindíveis do ordenamento jurídico-penal e passíveis de salvaguarda pelo Direito Civil, que na resolução dos conflitos familiares mostra-se muito mais eficaz do que a intervenção penal.

Palavras-chave: Induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, Subtração de incapazes, Pátrio poder, Tutela, Curatela, Intervenção mínima

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo tiene por objeto el análisis crítico y la explotación de un importante problema político-criminal de la actualidad: la criminalización de conductas que afrontan la guarda, la tutela y la curatela en el Código Penal, en sus artículos 248 y 249, lo que ya no tiene sentido ante la actual función del sistema penal, criticándose la actividad desenfreada del Poder Legislativo, que produce leyes penales que no protegen bien jurídico alguno, o que

salvaguardan bienes pasibles de protección por otras esferas del Derecho, valiéndose de la fuerza simbólico-comunicativa del Derecho Penal de forma desnecesaria, ampliando demasadamente el alcance de la pena criminal, hasta el punto de vulgarizar todo el sistema jurídico-penal en razón de su uso indiscriminado. Para ello, en primer plano, este estudio trata de la política criminal relativa a la libre planificación familiar, criticando la intervención estatal en cuestiones familiares, como ocurre en el Código Penal de 1940, destacando la necesidad de respetarse los principios de intervención mínima y de proporcionalidad antes de que el legislador se valga de la injerencia penal para la protección de cualquier bien jurídico. Más adelante, se presenta la importancia del bien jurídico-penal, con énfasis en la familia como bien jurídico categorial, especialmente la guardia, tutela y curatela, supuestamente lesionadas por los delitos de los artículos 248 y 249 del Código Penal. Así, se analizan brevemente los tipos penales citados, criticándose dicha criminalización, teniéndose en cuenta que tales tipos son subsidiarios, perfectamente prescindibles en el ordenamiento jurídico-penal y pasibles de salvaguardia por el Derecho Civil, que en la solución de los conflictos familiares se muestra mucho más eficaz que la intervención penal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inducción a la huida, entrega arbitraria o sonegación de incapaces, Sustracción de incapaces, Patrio poder, Tutela, Curatela, Intervención mínima

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, quando se vive a expectativa da elaboração de um novo Código Penal, que vem sendo debatido sob a promessa e necessidade de compilar grande parte da legislação penal extravagante, a comissão de juristas responsável pelo Anteprojeto de 2012 silenciou acerca dos delitos de *induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes* (art. 248) e *subtração de incapazes* (art. 249), atendendo à atual política legislativa segundo a qual não poderia se utilizar da ingerência penal para, indiretamente, trazer à atuação do Direito Penal problemas referentes ao livre planejamento familiar e à paternidade responsável, uma vez que o Direito Penal já possui outras previsões que tutelam verdadeiramente os bens jurídicos-penais, e, em outras ocasiões, o Direito Civil tem se mostrado mais eficiente.

É cediça a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, especialmente em relação ao menor, que de tão valorosa e essencial, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais. Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre a gravidade dos fatos (*induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes e subtração de incapazes*) e a gravidade das penas, propugna-se, neste estudo, que a tutela legal à família seja dada, em especial, mediante a descriminalização dos delitos descritos nos arts. 248 e 249 do Código Penal, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tais condutas, pois as presentes cominações típicas, a pretexto de salvaguardar a família, prestam-se somente a segregar a manchar os laços frateros, uma vez que a polícia e a justiça pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

Ademais, o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal dos crimes de *induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes* (art. 248) e *subtração de incapazes* (art. 249), indaga-se se seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da assistência familiar.

Diante disso, serão apresentadas algumas soluções político-criminais, explanando-se as vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade: os limites da intervenção do Direito

Penal na proteção da família. Empregar-se-á, para tanto, o método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira, periódicos e demais documentos.

1 A FAMÍLIA NO ATUAL CÓDIGO PENAL E CRÍTICAS À FORMA DE SUA PROTEÇÃO PENAL

1.1 A FAMÍLIA COMO BEM JURÍDICO CATEGORIAL E OS DISTINTOS BENS JURÍDICOS ESPECÍFICOS QUE CONFORMAM A SUA PROTEÇÃO

Em um Estado democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana¹.

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

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

¹ PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 73.

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

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

impõem a ela. Dito de outra forma, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital o bem jurídico⁴.

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

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

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

Ainda, em 1936, Georges Ripert¹¹, assinalou acerca da proteção dos “fracos”, como novo aspecto do regime democrático, particularizado na assistência estatal. Segundo ele, todos os que, por sua idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir

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

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

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

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

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

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

¹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 12.

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

ou de compreender, são, na sociedade, os mais fracos que os outros, têm direito à proteção legal. A democracia não poderia acolher o aristocrático individualismo de um Spencer¹² ou a moral feroz de um Nietzsche¹³. Quem é fraco deve ser protegido¹⁴.

E como “porto seguro” de seus membros e base da sociedade, a família recebe especial proteção do Estado, tutela esta que a erigiu ao *status* bem jurídico-penal¹⁵. Nesta esteira, conforme a organização do atual Código Penal, o legislador, utilizando-se dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais para dar nomes, ora aos títulos, ora aos capítulos por eles ocupados, quando da elaboração do Título VII da parte especial, denominou-o “Dos crimes contra a família” e, o mesmo se fez com os Capítulos I, II, III e IV deste título, quando lhes deu os títulos de: “Dos crimes contra o casamento”, “Dos crimes contra o estado de filiação”, “Dos crimes contra a assistência familiar” e “Dos crimes contra o pátrio poder, a tutela e curatela” respectivamente, uma vez que almejou-se com a previsão dos tipos penais locados nestes capítulos a proteção e manutenção da organização jurídico-matrimonial, consistente no princípio monogâmico, bem como, do organismo familiar, buscando assegurar o amparo e a subsistência de seus membros¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA E CURATELA

2.1. PÁTRIO PODER (PODER FAMILIAR), TUTELA E CURATELA COMO BENS JURÍDICO-PENAIIS ESPECÍFICOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS INCAPAZES

Nos artigos 248 e 249 do Capítulo IV do Título VII do Código Penal, o legislador enuncia fatos constitutivos dos delitos contra o pátrio poder, a tutela e a curatela. São dois os tipos penais ali existentes: *induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes* (art. 248) e *subtração de incapazes* (art. 249). Uma leitura desses delitos à luz da ordem jurídico-política inaugurada pela Constituição Federal de 1988¹⁹ demonstra que mais do que a tutela do pátrio poder, tutela ou curatela, como pretendem alguns autores que mais adiante analisaremos, o resguardo penal recai na atualidade sobre “as situações fáticas em que estes institutos não estão sendo exercidos harmonicamente por seus titulares, mas se encontram sob condições adversas, onde impera a discórdia e a disputa entre os detentores destes poderes-deveres, e, quando, particularmente, está se decidindo o destino provisório da criança, adolescente ou incapaz”²⁰.

Para a maioria dos autores, trata-se aqui também de proteger a organização da família contra fatos lesivos à sua estruturação como instituição, considerados dignos de repressão penal. Tais comportamentos já eram previstos pelo art. 136 do Código de Menores, no que diz respeito à proteção das crianças e adolescentes, mas o Código Penal de 1940 incluiu também os interditos curatelados como possíveis afetados pelos crimes em comento²¹.

Não é pacífico o entendimento doutrinário a respeito do bem jurídico tutelado no Capítulo IV do Título VII do Código Penal brasileiro, relativo aos crimes contra a família. No que diz respeito ao primeiro delito, consistente no induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248, CP), parte da doutrina considera como sendo tutelados “os

¹⁹ Como indica Giandomenico PISAPIA, a respeito dos delitos contra a família no Código Rocco, essas normas “estão entre aquelas que mais se ressentiram das modificações da legislação civil e da evolução dos costumes e da consciência social: tanto é verdade que, hoje, no Título XI (*do Código Penal italiano*) convivem tipos penais sobre os quais ainda é vivo o debate na doutrina e na jurisprudência e delitos que, tendo em vista o seu caráter anacrônico, encontram cada vez mais raramente aplicação prática” (*Delitti contro la famiglia*. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. V. 4 ed. Torino: UTET, 1991, p.112-113).

²⁰ Como corretamente destacam SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu Antonio in SILVA FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação* (Coords.). 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1210.

²¹ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 253-254.

direitos do titular do pátrio poder, da tutela ou curatela e, conseqüentemente, de interesse do incapaz é a providência elementar para a constituição e estabilidade da família²². De acordo com esse entendimento, são vítimas do delito em questão não apenas os pais, tutor e curador, como também aqueles que se acham sob o pátrio poder, a tutela e a curatela (o menor de 18 anos de idade e os interditos)²³.

Em sentido divergente, porém, assinala-se que a tutela penal recai exclusivamente sobre o poder familiar, a tutela e a curatela, sem menção aos interesses dos menores, tutelados e curatelados²⁴. Desse modo, sujeito passivo desses delitos é sempre a pessoa que detém a guarda, tutela ou curatela, exercendo autoridade sobre o menor de 18 anos ou interdito. O menor ou interdito permanecem como meros objetos materiais da infração penal, e não como autênticas vítimas do comportamento delitivo²⁵.

É correto entender, todavia, que embora não tenha feito parte da *mens legis* do legislador de 1940 a proteção dos direitos subjetivos da criança, adolescente ou interdito que são induzidos à fuga ou que são subtraídos pelos autores dos crimes dos art. 248 e 249 do Código Penal, estes também devem ser considerados bens jurídicos desses delitos. Isso porque, como bem salientam SILVA FRANCO e DIX SILVA, eles também podem ser prejudicados em razão do abandono do lar a que foram induzidos a deixar, ou pela sua entrega a terceiro, ou, ainda pela negativa em devolvê-lo feita pela pessoa que não está legitimada a ter o incapaz sob sua guarda²⁶. Nesse sentido, eles também figuram como sujeitos passivos de delitos em que são descumpridos os deveres pertinentes ao exercício do poder familiar, tutela e curatela que sobre eles recai. Por essa razão, eles devem ser os sujeitos passivos imediatos dos crimes dos arts. 248 e 249 do CP, sendo vítimas indiretas, mediatas ou secundárias dos mesmos os pais, tutores ou curadores do menor ou interdito.

Saliente-se ainda o descuro do legislador em ignorar as alterações promovidas pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988, que equiparou homens e mulheres em

²² MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*, v. 3. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 346. Também incluem os interesses ou direitos subjetivos dos incapazes como objeto da intervenção penal de forma indireta, para além da proteção do pátrio poder, a tutela e a curatela, MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, III. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46.

²³ Vide MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *op. cit.*, p. 346. Na mesma trilha, CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, v. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155 e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *op. cit.*, p. 46.

²⁴ Vide, nesse sentido, DELMANTO, Celso *et alii*. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 394; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial, v. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 239 (referindo-se ao direito ao exercício desses poderes); NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral e Especial. 3 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 842; COSTA JR., Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 802.

²⁵ Nessa trilha, NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 842.

²⁶ Vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu Antonio, *op. cit.*, p. 1212.

direitos e obrigações (art. 226, §5º, CF), de maneira que não cabe mais afirmar que a chefia da família incumbe exclusivamente ao varão. Destarte, a própria noção de “pátrio poder”, antes atrelada à pessoa do chefe de família identificado exclusivamente com o pai, de acordo com o Código Civil de 1916, deu lugar à nomenclatura “poder familiar”, em tudo condizente com o fato de que agora os cônjuges exercem este poder sem qualquer distinção de gênero, sendo ambos plenamente responsáveis pelos filhos, que se encontram submetidos ao poder familiar até cumprir os dezoito anos (arts. 1631 e 1632, CC)²⁷. O Código Civil não mais utiliza o termo defasado acima exposto, desde que a Lei 12.010/2009, que trata da adoção, modificou o mencionado Código e dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), determinando que nestes fosse substituída a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”. Mas o legislador resolveu não incorporar ao Código Penal essa significativa reformulação até o presente momento, mantendo incólume o título do Capítulo IV do Título VII²⁸.

O *poder familiar* consiste no “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deles”²⁹. Tem seus contornos delineados pelos arts. 1630 a 1637 do Código Civil e seu exercício incumbe, igualmente, ao pai e à mãe, durante toda a infância e adolescência dos filhos, até completarem 18 anos ou se emanciparem³⁰. Pode cessar ainda pela adoção, por decisão judicial que determine a sua perda ou pela morte dos pais (art. 1635, CC). Entre as prerrogativas inerentes ao poder familiar, duas tangenciam particularmente os crimes

²⁷ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 255-256.

²⁸ Principiando pela vigilância, que encontra no reverso a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, a guarda caminha em direção à proteção, especialmente sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente. É possível pensar, inicialmente, acerca da dimensão jurídica que ocupa o ambíguo poder-dever atribuído aos pais para “reger” a pessoa e os bens dos filhos. Nesse sentido, a Constituição federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 229, o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. Veja-se que o modelo codificado em 1916, coerente com a família que juridicamente estrutura, dá aos pais direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado para colocar os interesses do menor no tráfego jurídico, propicia a discussão sobre o hibridismo da noção direito-dever (FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 241).

²⁹ Vide RODRIGUES, Sylvio. *Direito Civil*, Direito de Família, v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p.358. O poder familiar, no dizer de Miguel Reale, é uma das espécies do gênero “situação subjetiva”, ao lado dos direitos subjetivos, das faculdades e do interesse legítimo. O autor conceitua como *poder* as situações subjetivas que retratam a condição das pessoas que estão obrigadas por lei a fazer algo em benefício de outrem, investindo-se de autoridade ou competência. Não há necessariamente uma obrigação ou pretensão correlatas por parte dos filhos, que apenas são beneficiados por esta situação. Segundo REALE, “estas estruturas jurídicas, nas quais não há uma relação do tipo poder-sujeição, têm a denominação imprópria de ‘direitos potestativos’, que são duas palavras inconciliáveis. Trata-se, em suma, de situações de poder caracterizadas pela eminência reconhecida a uma das partes ou pessoas partícipes da relação jurídica” (*Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 259).

³⁰ Neste sentido, não é demais recordar que, em 22 de dezembro de 2014 foi sancionada a Lei n.º 13.058, alterando o Código Civil nos arts. 1583, 1584, 1595 e 1634, dispondo acerca do significado da expressão “guarda compartilhada” e sua aplicação, de modo que pressupõe a divisão de responsabilidade dos genitores que possuam o poder familiar.

previstos neste capítulo: o direito dos pais de terem o menor sob sua guarda e companhia e o de reclamá-lo perante quem ilegalmente o detenha³¹.

Já a *tutela* é identificada como um instituto que substitui o poder familiar em caso de falecimento dos pais ou de terem estes sido suspensos ou destituídos do poder familiar (arts. 1728, I e II, CC). É dever do tutor dirigir a educação do menor, defendê-lo e prestar alimentos, corrigi-lo com autorização judicial e exercer os demais direitos que cabem aos pais, até que este complete 12 anos, quando então será ouvido a respeito, e assisti-lo até a maioridade civil. A *curatela* identifica-se com um encargo público conferido por lei a alguém para administrar os interesses pessoais e os bens de pessoas maiores, que não possam fazê-lo por alguma causa duradoura não puderem expressar a sua vontade, tais como os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental e os pródigos, nos termos do art. 1767, I a V, CC.

Resgatando o comentário feito no início da análise dos crimes deste Capítulo, os delitos dos arts. 248 e 249 do Código Penal brasileiro não necessitariam existir diante da proteção mais eficaz levada a cabo pela construção de outros tipos penais, em tudo tecnicamente mais precisos, tais como o tráfico de menores para o exterior, prevista no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ou a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou promessa de recompensa (art. 238, ECA). De igual modo, a eventual tomada do incapaz com finalidade sexual encontra-se hoje abrigada como forma qualificada do delito de sequestro e cárcere privado (art. 148, §1º, V, CP), e subtração do incapaz com a finalidade de extorquir dinheiro da família poderia ser resolvida pelo delito do art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), diante da subsidiariedade explícita do art. 249³².

Certo é que a permanência dos crimes previstos no Capítulo sob análise justificar-se-ia tão somente naquelas hipóteses em que as condutas incriminadas por esses tipos penais ocorrem associadas a conflitos familiares, tais como as situações de disputa entre os progenitores pela guarda do filho comum, após a ruptura da convivência familiar. Mas então faz-se necessário interpretá-los no sentido da proteção exclusiva dos interesses particulares do menor ou interdito, é dizer, seus direitos subjetivos próprios à relação familiar, definidos pelo Direito Civil como o direito à criação e à educação, o direito de ter a companhia e a guarda de seus pais ou tutores, e o de ter a representação e assistência legal por essas pessoas (art. 1634, CC). E tais direitos indubitavelmente já resultam lesionados pelos delitos referidos *supra*,

³¹ Como salienta ESTEFAM, André. *Direito Penal*, Parte Especial, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309.

³² Vide, nesse sentido, a crítica de SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu Antonio, op. cit., p. 1210.

quais sejam os crimes de sequestro, abandono de incapaz, perigo para a vida ou a saúde de outrem, extorsão mediante sequestro e tráfico de menores para o exterior ou mesmo dentro do Brasil, mas de modo algum demandam, a nosso ver, a presença de crimes específicos como os do presente Capítulo que tenham por bem jurídico protegido os direitos correspondentes aos pais, tutores e curadores, como vislumbra um importante setor da doutrina pátria.

2.2. INDUZIMENTO A FUGA, ENTREGA ARBITRÁRIA OU SONEGAÇÃO DE INCAPAZES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 248 DO CÓDIGO PENAL

O crime de induzimento à fuga não existia na legislação penal pretérita, tendo sido introduzido pelo Projeto Alcântara Machado e mantido no Código Penal pela Comissão Revisora. A entrega arbitrária e a sonegação de incapazes já eram previstas no Código Penal de 1890. O delito insculpido no art. 248 do Código Penal brasileiro pode ser praticado por qualquer pessoa (crime comum), inclusive pelos pais destituídos do poder familiar sobre o menor de 18 anos³³. Já o sujeito passivo costuma ser identificado com os pais, tutores ou curadores, além das próprias pessoas que estejam sob a guarda, tutela e curatela destas pessoas (menor de 18 anos e o interdito)³⁴. Autores há, porém, que expressamente excluem o menor e o interdito ou incapaz dessa tutela, estimando serem unicamente os pais, tutores ou curadores as vítimas desse delito³⁵.

Nosso entendimento, contudo, é no sentido de que a existência do injusto penal do art. 248, CP, só se justifica quando se interpreta o referido tipo como sendo suas vítimas exclusivamente os menores (não emancipados³⁶) e os incapazes interditados, mas não também seus pais, tutores ou curadores, já que o bem jurídico protegido radica precisamente nos interesses dessas pessoas, que correm grave risco ao serem induzidas à fuga, entregues a terceiros sem autorização de seus pais, tutores ou curadores ou quando não são restituídos à

³³ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 259.

³⁴ Nesse sentido, vide, entre outros, MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 346; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1962, p. 138; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Torino: UTET, 1986, p. 957.

³⁵ Nessa linha, vide CÔRTEZ DE LACERDA, Romão. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 445.

³⁶ A emancipação do menor de 18 anos faz cessar o poder familiar e a tutela. São causas da emancipação, segundo o art. 5º do Código Civil: emancipação voluntária; casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau em curso de ensino superior; o menor que possui uma relação de emprego e tem economia própria. A respeito, vide RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. t.V. Bogotá: Temis, 1975, p. 297; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Torino: UTET, 1986, p. 949. Esse fato (a emancipação) não influenciaria em nada a tipicidade do crime, porém, se se interpretassem esses delitos contra o poder familiar, a tutela ou a curatela como delitos contra os interesses subjetivos do menor ou interdito, como aqui se defende.

sua companhia, quando por estes reclamados. Por essa razão, vislumbra-se perfeitamente subsumível a figura típica em apreço ao tipo do delito de sequestro (art. 148, CP) ou mesmo de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132, CP). A mera violação do dever formal inerente ao exercício do poder familiar, tutela ou curatela, sem risco algum para a vida, a saúde ou a liberdade do menor ou interdito não justifica, segundo nosso parecer, a intervenção do Direito Penal, pois mais uma vez o que se tem aqui é o desrespeito a um vínculo formal decorrente do Direito Civil, e que por isso mesmo deve supor a infração de uma obrigação meramente civil, com sanções inerentes a esse ramo do Direito, sem o merecimento de pena que implica a atuação do legislador penal³⁷.

A primeira parte do tipo penal do art. 248, CP consubstancia-se em uma norma penal em branco imprópria, cuja integração depende de outra norma, que no caso pertence ao Direito Civil, posto que o sujeito ativo, no primeiro comportamento incriminado, induz o menor ou interdito a fugir o local onde se encontra por determinação de quem sobre ele exerça autoridade *em virtude de lei ou de ordem judicial*³⁸. No segundo comportamento, o agente confia o menor ou interdito a outrem *sem ordem* do pai, tutor ou curador, e na terceira conduta vedada, ele deixa de restituir a vítima a quem *legitimamente* a reclame. Em ambos os casos, não se trata propriamente de norma penal em branco, mas de elementos normativos integrantes do tipo penal que, no entanto, dizem respeito à incidência de uma possível causa de justificação³⁹: estão presentes no tipo, mas se referem à antijuridicidade, e sua concorrência torna a conduta não só permitida como também atípica. Este é o caso se o sujeito ativo possui a ordem do pai, tutor ou curador para entregar o menor ou interdito a outrem, ou se a pessoa a quem o autor deveria entregar a vítima não tem legitimidade para reclamá-la, como quando houve divórcio entre os cônjuges e a criança encontra-se sob a guarda da mãe, não sendo o pai o legitimado a reclamá-la: a entrega ou a retenção não serão contrárias ao Direito e tais comportamentos resultarão completamente atípicos.

A expressão *guarda em virtude de lei ou por ordem judicial* deve ser interpretada como o direito de guarda dos filhos menores de 18 anos, cumprido simultaneamente por

³⁷ Para SILVA FRANCO e DIX SILVA, os menores e interditos devem figurar como vítimas imediatas desse crime, aparecendo como vítimas apenas secundárias os detentores da guarda do incapaz (pais, tutores ou curadores) e como sujeito passivo mediato o Estado (*op. cit.*, p. 1212). Mas o Estado, como já deixamos claramente consignado no texto, pouco ou nada tem a ver com a tutela desses poderes dentro da família, e menos ainda quando se interpreta o tipo do art. 248 no sentido exclusivo da tutela de interesses individuais dos menores ou interditos.

³⁸ Sobre as normas penais em branco, vide PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*, 13 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 146 e ss.

³⁹ A respeito desses elementos normativos, vide PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 296.

ambos os cônjuges (art. 1566, IV, CC). Se os dois encontram-se ausentes, são falecidos ou foram interditados por alguma razão, ou ainda se foram ambos destituídos ou suspensos do poder familiar, far-se-á necessária a nomeação de um tutor, que terá a guarda do menor a partir de então (art. 1728, CC). A curatela, por sua vez, recairá sobre o incapaz declarado judicialmente interdito, em virtude de alguma das causas elencadas pelo art. 1767 do Código Civil⁴⁰.

Destarte, nos termos do art. 248, CP, tanto pode ser que a guarda seja outorgada em virtude de *lei* como de *ordem judicial*, cabendo esta última determinação naqueles casos em que exista alguma divergência quanto ao exercício do poder familiar, nos termos do disposto no art. 1631, p. único, CC⁴¹. Em tais hipóteses, caberá ao magistrado determinar a quem incumbirá a guarda do menor de 18 anos, após algum dos cônjuges recorrer ao juiz para a solução do desacordo. Também será papel do magistrado decretar a quem pertencerá o poder familiar sobre o filho menor em caso de separação judicial ou divórcio, após o qual as partes não cheguem a um acordo quanto à guarda dos filhos. Nessas hipóteses, o juiz determinará que o menor permaneça sob a guarda compartilhada dos pais, nos termos da nova redação dada ao Código Civil pelas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, que instituiu e disciplinou essa modalidade de guarda, podendo para tanto basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. Finalmente, caso o magistrado verifique que o menor não deve permanecer sob a guarda de nenhum dos genitores, deferirá que a guarda seja outorgada a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade dessa pessoa com o menor⁴².

⁴⁰ “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.” Com respeito aos pródigos, assinala-se que com acerto que não se podem incluir no tipo penal do art. 248, CP, posto que a curatela a que se encontra sujeito é especial, e diz respeito somente a seus bens, sendo sua pessoa *livre*, é dizer, com exceção da esfera econômica, pode ele dirigir-se a seu talante (vide MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 346).

⁴¹ “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

⁴² “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas

Finalmente, observe-se que em caso de decretação de medida cautelar de separação de corpos, antes mesmo da separação judicial ou divórcio, poderá igualmente o juiz determinar que o menor permaneça com um dos cônjuges ou em guarda compartilhada, atendendo ao disposto no art. 1585, CC, e havendo motivos graves, determina a lei que o magistrado, a bem dos filhos, regule ainda de modo completamente diverso do disposto no próprio Código Civil⁴³.

Destaque-se por derradeiro que as disposições relativas à guarda dos filhos menores aplicam-se igualmente aos maiores incapazes (art. 1590, CC).

O tipo do art. 248, CP, é misto cumulativo, segundo a doutrina majoritária. Isso significa que o desvalor de cada um dos três comportamentos que integram essa espécie delitiva é diferente, de modo que se o agente realiza mais de uma das condutas integrantes do tipo responde por mais de um crime, aplicando-se-lhe a pena de forma cumulativa.

De fato, trata-se de três comportamentos bastante diferentes entre si: a) o induzimento de criança ou adolescente ou de pessoa interditada a fugir do lugar em que se acha, por determinação de quem sobre ele exerça autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; b) a entrega arbitrária do incapaz através do ato de confiá-lo a outrem sem ordem dos pais, tutor ou curador e c) a sonegação do incapaz a quem legitimamente o reclame.

A primeira conduta vem representada pelo verbo *induzir*, que no sentido usualmente empregado pelo legislador de 1940 supõe o ato de persuadir, convencer, aconselhar, levar a, tal como já aparece nos delitos dos arts. 122 e 227, CP. Isso significa que o sujeito aqui convence o menor ou interdito a fugir do local em que se encontra por ordem expressa de quem sobre ele detenha a guarda, em virtude de lei ou de ordem judicial, nos termos *supra* destacados. Insta observar que o induzimento à fuga deve ser realizado com o objetivo de que o menor de 18 anos ou interdito escape sozinho, por seus próprios meios, do local onde se encontra, e para cumprir seus próprios fins, pois se de algum modo a vítima é induzida a acompanhar o autor o delito será o do art. 249, CP (*subtração de incapazes*)⁴⁴ e se o autor o retira do local por conta própria para mantê-lo em cativeiro, o crime pode ser o do art. 148, CP (*sequestro e cárcere privado*). Se o incapaz já havia tomado a decisão de abandonar o

atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

⁴³ “Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplica-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente. Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”

⁴⁴ Nesse sentido, vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu Antonio, *op. cit.*, p. 1213.

local, ainda que não estivesse firme em seu propósito, não há crime, pois nesse caso não se tratará de induzimento, mas sim de instigação (fomento de ideia preexistente), que não se confunde com a ação proibida pela norma, não se admitindo neste caso analogia *in malam partem*⁴⁵.

O segundo comportamento consubstancia-se na ação física de *confiar* a outrem o menor ou interdito, o que deve ser entendido como o ato de entregar o sujeito passivo sem ordem do pai⁴⁶, tutor ou curador a outrem. O crime em comento consiste na *entrega arbitrária de menor ou incapaz*, sem que tenha o legislador feito qualquer referência a quem seja feita essa entrega – basta que não haja ordem expressa ou tácita dos genitores, tutor ou curador para que a vítima seja entregue a terceira pessoa. É o que ocorre, por exemplo, quando o professor ou responsável por instituição de ensino entrega o menor a alguém sem a ordem dos pais ou tutor⁴⁷.

O último ato delitivo constante do art. 248, CP, consiste na *sonegação do menor ou interdito*, que implica a omissão de restituição do sujeito passivo aos seus pais, tutor ou curador, desde que não exista justa causa para essa negativa. Trata-se de delito omissivo próprio ou puro⁴⁸ (*deixar de...*) que se consuma com a mera recusa de restituição do menor ou interdito a quem por direito o reclame. A posse anterior do incapaz deve ser legítima e autorizada, pois do contrário o agente que se recusa a devolver o menor ou interdito já terá cometido o delito de subtração de incapazes (art. 249, CP)⁴⁹.

Observe-se que aqui consta uma locução ou elemento normativo do tipo que pode afastar a tipicidade da conduta: *sem justa causa*. Isso significa que para configurar o comportamento típico, o agente deve se recusar a restituir o menor ou interdito sem que para isso apresente qualquer justificativa. Tais justificativas – que se referem à licitude do comportamento e à sua possível justificação – acontecem, por exemplo, naquelas hipóteses em que a criança ou adolescente caia gravemente enferma e não possa se expor a uma viagem, ou na eventualidade de a pessoa com quem se encontra o menor ou interdito dar-se conta de que o mesmo sofre maus-tratos por parte dos pais, tutor ou curador, hipóteses em que não

⁴⁵ Vide ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁶ Aqui há de se incluir também a mãe, que exerce igualmente o poder familiar nos termos do Código Civil, não cabendo assim falar-se em analogia *in malam partem*.

⁴⁷ Segundo Romão CORTES DE LACERDA, “em tal caso, o terceiro que recebe o menor será coautor, se conhecedor do arbítrio da entrega; se desconhecia tal circunstância, mas se recusa a restituir o incapaz, incorrerá no crime de sonegação (terceira modalidade prevista no art. 248 do CP). Se o terceiro obtém a entrega mediante engano do *tradens*, ou violência material ou moral contra este, cometerá o crime de *subtração* (art. 249)” (*op. cit.*, p. 446).

⁴⁸ Sobre os delitos omissivos, vide, por todos, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 251 e ss.

⁴⁹ Como salienta CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*, Parte Especial, v. 3. São Paulo: RT, 2008, p. 271.

deverá restituí-lo a quem por direito o reclame para a preservação de seus próprios interesses⁵⁰. Também pode ser que não se confirme o elemento normativo *legitimamente* – é dizer, a pessoa que reclama a devolução do menor ou interdito não tem legitimidade para tanto por não ser o titular do poder familiar, tutela ou curatela –, razão pela qual a sonegação do incapaz será igualmente um irrelevante penal, isto é, um comportamento completamente atípico⁵¹.

O delito em apreço configura-se sempre na forma dolosa, não havendo previsão de pena para aquelas situações em que o induzimento à fuga, a entrega arbitrária ou a sonegação do incapaz decorra de mera imprudência ou negligência (p. ex., esquecimento). O erro sobre a idade do menor é erro de tipo e torna o comportamento atípico, bem como o erro sobre a existência do consentimento dos pais, tutor ou curador para a realização de algumas dessas condutas, já que o dissenso dessas pessoas é pressuposto para a tipificação do crime⁵².

O crime do art. 248, CP, contempla três figuras típicas distintas, de modo que a sua consumação dependerá do comportamento realizado pelo autor. No primeiro caso, tem-se um crime de ação e de *resultado*, que só se consuma com a efetiva fuga do menor ou interdito do local em que se encontra por determinação de lei ou em virtude de ordem judicial⁵³. Se é o próprio agente quem tira o incapaz do local em que se encontra, por seus próprios meios, o delito é o subsequente (art. 249, CP, *subtração de incapazes*).

A tentativa é admissível, acontecendo quando o incapaz, embora induzido, não saia do local devido por vontade própria, ou porque seja obstado pela autoridade ou terceiro, ou

⁵⁰ Os exemplos são de MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., *op. cit.*, p. 47. No mesmo sentido, vide MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 348.

⁵¹ Vide PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 1125.

⁵² RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. t.V. Bogotá: Temis, 1975, p. 300; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Torino: UTET, 1986, p. 951.

⁵³ Não é este, porém, entendimento unânime na doutrina, havendo também aqueles que interpretam o delito do art. 248, CP, como crime de mera conduta, que se consuma com a simples *indução*, sob o argumento de que “o comando da norma penal é a proibição de inspirar menores ou interditos a fugir de seus pais ou guardas”. Nesse sentido, vide NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral, Parte Especial. 3 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 843 e ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 311. Na doutrina espanhola, defende posicionamento semelhante POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Curso de Derecho penal español*, Parte Especial, I. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 509, sob o argumento de que o verbo “induzir”, referido no tipo, deve ser interpretado em sentido não técnico, isto é, não como forma de participação em um delito, já que a fuga do menor, por si só, não constitui crime algum, mas como mera incitação a uma conduta determinada não subsumível a um tipo legal. Por essa razão, estima esse autor que “a descrição típica se fundamenta no desvalor da ação da incitação à execução da conduta de abandono, sem se requerer o desvalor do resultado proveniente da efetiva execução da conduta objeto da indução, a qual, como se indicou, não deve ser entendida em sentido próprio e técnico”. Em sentido oposto, interpretando o delito como de resultado e não de mera conduta, citem-se, entre outros, MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 347; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240, COSTA JR., Paulo José da, *op. cit.*, p. 804; DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 394; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 1125.

ainda porque sequer chegue a seu conhecimento a indução (p. ex., quando seja feita por escrito).

Já no segundo comportamento incriminado, tem-se novamente um delito de resultado, que se perfaz com a efetiva entrega do menor ou interdito a outrem, sem a devida ordem. A tentativa também aqui é perfeitamente possível, posto o crime é plurissubsistente e pode-se interromper o *iter criminis* com a não entrega do incapaz a outrem sem autorização do detentor do poder familiar, tutela ou curatela.

Finalmente, a última das condutas típicas configura espécie de delito omissivo próprio ou puro, um crime de mera conduta que consiste na mera recusa, por parte do omitente, de restituição do menor ou interdito a quem legitimamente o reclame, jamais admitindo, destarte, a tentativa⁵⁴. Um simples atraso na restituição do menor ou interdito significaria mera vacilação ou hesitação do agente, insuficiente para caracterizar o crime⁵⁵.

Salienta com acerto a doutrina que o tipo penal em apreço não se configura quando o pai, a mãe ou responsável legal não destituído do poder familiar deixe de restituir a criança ou adolescente a terceiro, desobedecendo ordem judicial, pois em tal caso a conduta subsumir-se-á ao art. 359, CP (*desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito*)⁵⁶. Apenas estando o pai ou mãe destituídos do poder familiar é que poderiam figurar, portanto, como autores do crime do art. 249, CP, como bem determina o seu §1º.

A pena cominada é de detenção, de um mês a um ano, ou multa, e a ação penal é pública incondicionada. O delito deve ser entendido como crime de perigo, pois embora o tipo penal não exija expressamente o risco efetivo ao menor ou interdito, essa ofensa é fundamental para que de fato se lesione o bem jurídico protegido que estimamos tutelado pela norma penal, é dizer, os interesses do incapaz. Tendo em vista o caráter eminentemente

⁵⁴ Destarte, no dizer de SILVA FRANCO e DIX SILVA, “ou a pessoa que detém o incapaz recusa-se a entregá-lo, ou acede ao pedido que lhe é formulado, concordando com a entrega” (*op. cit.*, p. 1214).

⁵⁵ Como defende MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 348. Na opinião de Romão CORTES DE LACERDA, se o Código pune mais levemente a recusa de entregar (art. 248) que a subtração de incapazes (art. 249), e neste último concedeu o legislador ao juiz a possibilidade de outorgar o perdão judicial (art. 249, §2º), deveria igualmente haver dado o mesmo direito ao réu no caso de recusa de entrega em que o menor ou interdito seja restituído aos seus pais, tutor ou curador sem que tenha sofrido maus-tratos ou privações (*op. cit.*, p. 446). A crítica é procedente, já que a extinção da punibilidade, em ambos os casos, teria idêntico fundamento. Defende a aplicação do disposto no art. 249, §2º, por analogia *in bonam partem*, ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 313. No entanto, a analogia ou argumento analógico, mesmo em sede de normas penais não incriminadoras, sempre que as mesmas tenham caráter excepcional, não pode ser admitida, como corretamente ensinam PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 157-158: “É de salientar que, se existem uma regra e uma exceção, e aparece uma hipótese para a qual se busca tutela, deve ela ser abarcada pela regra geral. Isso porque a exceção é circunscrita a determinados casos, para os quais é especialmente endereçada, daí não ter o condão de acolher novas situações. Destarte, a disposição singular se aplica somente aos casos por ela previstos de maneira explícita. A própria *ratio* do direito excepcional constitui limite normal à utilização da analogia”.

⁵⁶ Vide FRAGOSO, Heleno Claudio, *op. cit.*, p. 141.

subsidiário do Direito Penal, a norma do art. 248 só faz sentido se abarca comportamentos que de fato coloquem em risco concreto alguém submetido ao poder familiar, tutela ou curatela. Se assim não for, estaremos diante de um crime que viola meramente a autoridade de quem detém o poder familiar, tutela ou curatela – a *autoritas* de alguém⁵⁷ –, e isso jamais poderá justificar a imposição de uma pena criminal. A intervenção do legislador penal deve estar lastreada no concreto risco a que se expõe o menor ou interdito, o que desde logo, como já se disse, pode dar lugar a aplicação de outros tipos penais, tais como o de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132, CP); abandono de incapaz (art. 133); sequestro e cárcere privado (art. 148) ou extorsão mediante sequestro (art. 159), entre outros já existentes no Código Penal.

2.3 SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 249 DO CÓDIGO PENAL

Na legislação pretérita, o crime de subtração de incapazes vinha previsto no Código Penal de 1890 como o ato de “tirar ou mandar tirar infante menor de 7 anos da casa paterna, colégio, asilo, hospital, do lugar enfim em que é domiciliado, empregando violência ou qualquer meio de sedução” (pena: prisão celular de um a quatro anos). Esse mesmo tipo penal foi mantido pela Consolidação das Leis Penais, de 1932⁵⁸.

De acordo com um setor majoritário da doutrina nacional, o delito do art. 249, CP – subtração de incapazes –, não ofende o poder familiar, tutela ou curatela, mas apenas pode lesionar aquele que detém a guarda do incapaz ou menor de 18 anos, já que o autor aqui limita-se a retirar o menor ou interdito do poder de quem quer que o tenha sob a sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial⁵⁹. Nosso entendimento, porém, continua sendo no sentido de que no crime de subtração de incapazes, tal como no delito do art. 248, CP, a proteção penal deve recair sobre os interesses subjetivos dos menores e interditos derivados do poder familiar, que consistem basicamente no direito de estar em companhia dos pais e sob a sua guarda, recebendo educação, alimentação e todos os demais deveres inerentes ao poder familiar, de acordo com o art. 1634, CC, que fundamenta os direitos subjetivos dos filhos de

⁵⁷ Nessa trilha, vide ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁸ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 270-271.

⁵⁹ Nessa trilha, destaca-se que “o crime não ofende sempre o poder familiar, tutela ou curatela, uma vez que só pode ser praticado contra quem possui a guarda do menor de dezoito anos ou interdito” (JESUS, Damásio E. de *Direito Penal*, Parte Especial, v. 3. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285). Em idêntico sentido, vide DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 395.

verem tais deveres cumpridos⁶⁰. Como já destacado, não tutela a lei penal a *autoritas* dos pais, tutores ou curadores sobre seus filhos, pupilos ou interditos, porque referida proteção não contaria com a necessária grandeza para figurar validamente como norma penal⁶¹.

Daí porque considera-se que os sujeitos passivos do delito de subtração de incapazes são os próprios incapazes, e não os detentores do poder familiar, tutela ou curatela, e menos ainda o Estado⁶². Esse entendimento vai de encontro àquele tradicional, que considerava essas pessoas apenas como objeto material do delito em questão⁶³.

Como sujeito ativo do crime do art. 249, CP, pode-se apontar qualquer pessoa, já que nenhuma condição ou qualidade especial do agente é exigida, sendo este, portanto, um delito comum. Assim, autor do delito de subtração de incapazes pode ser inclusive o pai, a mãe ou o tutor do menor, bem como o curador do interdito, no caso de haverem sido temporariamente privados do exercício do poder familiar, tutela ou curatela. É inclusive nessa trilha que dispõe o legislador no §1º do art. 249, CP, ao determinar que “o fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder (*sic*), tutela, curatela ou guarda”.

A conduta incriminada consiste em subtrair o menor ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial. Trata-se mais uma vez de lei penal em branco imprópria, cuja integração depende de outra norma, que no caso pertence ao Direito Civil, posto que o sujeito ativo subtrai o incapaz de quem sobre ele tenha guarda *em virtude de lei ou de ordem judicial*⁶⁴. Sobre a guarda, que inicialmente deve ser exercida por ambos os cônjuges, nos termos do art. 1566, IV, CC, já discorreremos na análise do artigo 248, CP; a tutela encontra-se disciplinada nos arts. 1728 a 1766, CC e a curatela, nos arts. 1767 a 1783, CC. Tanto a guarda, como a tutela e a curatela podem ser exercidas não apenas em virtude de lei, como ocorre no caso de guarda inerente ao poder familiar, como também por determinação judicial nos casos em que a lei outorgue o magistrado essa decisão.

⁶⁰ Nessa linha, vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu, *op. cit.*, p. 1215.

⁶¹ Nesse sentido, vide ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 318.

⁶² Como bem destaca PISAPIA, “confunde-se o objeto da tutela penal com o motivo da incriminação e se interpreta a tutela penal como uma proteção que o Estado faz a si mesmo” (*op. cit.*, p. 117). Não é este, porém, o melhor entendimento, mas o fato é que a doutrina majoritária estima como vítimas principais do delito de subtração de incapazes os pais, o tutor, o curador e também a pessoa sob cuja guarda se encontra o incapaz em decorrência de lei ou decisão judicial, embora incluam também o menor de 18 anos e o interdito como vítimas: JESUS, Damásio E. de, *op. cit.*, p. 285-286; DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 395; MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 349.

⁶³ Nessa trilha, vide RANIERI, Silvio, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁴ Sobre as normas penais em branco, vide PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 146 e ss.

O delito do art. 249, CP, configura-se independentemente do consentimento do menor ou interdito, isto é, ainda que a pretensa vítima manifeste o seu desejo de ir com o agente e de não mais ficar com quem detém a sua guarda⁶⁵. A ineficácia do consentimento é consentânea com a proteção do bem jurídico cuja tutela defendemos aqui, já que se trata de resguardar os interesses do menor ou interdito, especialmente seu bem-estar e integridade física, psíquica e moral na companhia de seus pais, tutor ou curador. Daí porque estimamos que a subtração de incapaz trata-se de delito que poderia perfeitamente subsumir-se ao tipo do delito de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), ou de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132, CP), pois na configuração da ilicitude de tais comportamentos tampouco pode ter valor algum o consentimento da vítima menor de 18 anos, afastando-se por completo a legitimidade da intervenção penal quando se trate simplesmente de proteger o poder familiar, tutela ou curatela como institutos formais do Direito Civil. Tanto é assim que o delito em apreço é expressamente subsidiário: “se o fato não constitui elemento de outro crime”, conforme prevê o próprio legislador⁶⁶.

O verbo núcleo do tipo consiste em *subtrair*, que significa tirar ou retirar, implicando necessariamente, para a maioria da doutrina, o traslado do menor ou interdito do local em que se encontra para outro local, onde será levado⁶⁷. Exige-se, destarte, o deslocamento do incapaz da esfera de proteção em que vive (*abductio de loco ad locum*). O ato implica efetivo afastamento do incapaz ao poder de quem tem a sua guarda – o mero ato de levar o menor para um passeio não constitui o crime⁶⁸. Pode, no entanto, ocorrer em qualquer lugar, inclusive na rua, na casa de terceiro, etc., desde que se crie uma situação em que não seja mais possível a guarda ou a vigilância do responsável⁶⁹. A ação de subtrair pode ser empreendida por qualquer meio – delito de forma livre –, o que leva um setor doutrinário a afirmar que

⁶⁵ Nesse sentido, vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu, *op. cit.*, p. 1216; CUNHA, Rogério Sanches, *op. cit.*, p. 272. O Código Penal italiano, por sua vez, distingue a subtração consensual do menor com quatorze anos ou mais (art. 573) da subtração não consensual (art. 574, §2º).

⁶⁶ Sobre o princípio da subsidiariedade, vide, por todos, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 188-189.

⁶⁷ Vide, nessa trilha, COSTA JR., Paulo José da, *op. cit.*, p. 805. Autores há, contudo, que admitem a subtração *per obsidionem*, isto é, mediante a retenção da pessoa no local em que se encontra, e assim subtraindo-a ao poder do sujeito passivo (MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 350; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 1127). Nesse caso, porém, pergunta-se: em tais casos não estaria já o menor ou interdito longe da guarda do responsável por razões alheias à ação do autor ou, encontrando-se a vítima dentro da própria casa dos pais, tutor ou curador, não se caracterizaria a sonegação de incapazes (art. 248) ou, mais corretamente, o delito de sequestro e cárcere privado (art. 148)?

⁶⁸ Vide ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 319.

⁶⁹ Como destaca MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 350.

inclusive o *induzimento*, a *violência*, a *grave ameaça* e a *fraude* podem ser admitidas como formas de execução⁷⁰.

Duas são as possibilidades de execução: a) quando o incapaz é retirado da esfera de disponibilidade de seus responsáveis contra a sua vontade; ou b) quando o incapaz é entregue espontaneamente a alguém, sob a vigilância de quem detenha sua guarda, e o sujeito dele se apodera (p. ex., solicita à mãe pegar a criança no colo e se evade do local sem ser alcançado)⁷¹. Neste último caso, não ocorre sonegação de incapazes (art. 248) justamente porque a atitude do sujeito ativo era *vigiada*.

No caso de *induzimento* do incapaz para que saia do local em que se encontra, relevante é que o menor ou interdito acompanhem o autor para efeitos do delito de subtração de incapazes, pois se a vítima após a indução escapa sozinha e por seus próprios meios, tratar-se-á de *induzimento* a fuga, nos termos do art. 248, CP⁷². O emprego de *fraude* em muito se aproxima desse conceito de *induzimento*, posto que, como salienta BITENCOURT, certo grau de “sedução” pode ser empregado para convencer a vítima que assim aceita seguir o autor⁷³. E, finalmente, havendo grave ameaça ou mesmo violência contra o menor ou interdito, parte da doutrina defende a aplicação das regras do concurso formal de delitos (art. 70, CP) entre os crimes dos arts. 249 e 146 (*constrangimento ilegal*)⁷⁴. E neste particular não cabe inferir que as regras do concurso do crime seriam afastadas por ser o delito do art. 249 um crime expressamente subsidiário, pois o delito de subtração de incapazes é mais grave do que o do art. 146, CP, e não constitui aquele elemento deste último, como requer o legislador para a aplicação da subsidiariedade⁷⁵.

O delito pressupõe naturalmente a presença do dolo, e consuma-se não com a efetiva retirada do menor ou interdito do âmbito de proteção onde é exercida a guarda, mas sim com o seu ingresso no local para onde é levado (*delito de resultado*). Não haverá tipicidade se o

⁷⁰ Defendendo essa posição, vide JESUS, Damásio E. de, *op. cit.*, p. 286. Admitem igualmente o emprego de violência, grave ameaça ou fraude MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *op. cit.*, p. 350; CÔRTEZ DE LACERDA, Romão, *op. cit.*, p. 448; BITENCOURT, Cezar R., *op. cit.*, p. 242; ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 319; CUNHA, Rogério Sanches, *op. cit.*, p. 272. Na doutrina italiana, vide MANZINI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 948.

⁷¹ O exemplo é de ESTEFAM, André, *op. cit.*, p. 319.

⁷² Vide FRAGOSO, Heleno Claudio, *op. cit.*, p. 146. Segundo MAGALHÃES NORONHA, os crimes dos arts. 248 e 249 distinguem-se “porque no *induzimento* a fuga, além desta – que não é necessária no delito em exame – a ação do agente limita-se a aconselhar e instigar o incapaz a safar-se por si próprio; ao passo que, aqui, sua ação toma vulto maior, pois intervém materialmente no fato, tirando-o do lugar, ou mantendo-o aí, ou acompanhando-o etc. Ainda: na fuga, há desinteresse, geralmente, pelo destino do incapaz; na subtração, há o propósito, em regra, de o agente satisfazer a fins próprios” (*op. cit.*, p. 350).

⁷³ Vide BITENCOURT, Cezar R., *op. cit.*, p. 242.

⁷⁴ Conforme destaca com acerto CÔRTEZ DE LACERDA, Romão, *op. cit.*, p. 448.

⁷⁵ Nesse sentido, vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu, *op. cit.*, p. 1217.

incapaz foge sozinho e só depois vem a encontrar-se com o suposto autor⁷⁶. Registre-se que não é mister que o agente tenha consolidado o seu domínio sobre a vítima, que pode continuar a exercer atos de resistência, tornando sua posse intranquila⁷⁷. Crime plurissubsistente, admite tentativa quando o incapaz não chega a alcançar o lugar de destino por circunstâncias alheias à vontade do agente que o subtraiu.

A pena cominada é de dois meses a dois anos de detenção e o delito é de menor potencial ofensivo, mas o §2º do art. 249 prevê expressamente a possibilidade aplicação de perdão judicial para o caso de o autor restituir o menor ou interdito sem que este tenha sofrido maus-tratos ou privações, como, por exemplo, falta de alimentos, higiene, remédios, agasalhos, etc. O perdão judicial tem a natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade (art. 107, IX, CP) que opera independentemente de aceitação do agente, sendo concedido na própria sentença ou acórdão⁷⁸. Afasta por completo a possibilidade de o magistrado aplicar pena ao autor do crime, perfeito em todos os seus elementos constitutivos – ação ou omissão típica, ilícita e culpável –, por ausência de necessidade de pena, é dizer, por não se justificar a imposição da sanção para efeitos de prevenção geral ou especial. Trata-se de direito subjetivo do réu e não de mera faculdade judicial⁷⁹.

A respeito da natureza da sentença concessiva do perdão judicial, muito já se debateu, mas o art.120, CP, deixou claro a partir de Reforma da Parte Geral que trata-se de sentença declaratória da extinção da punibilidade, não tendo natureza condenatória nem absolutória: “A sentença que conceder o perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”. De igual modo, a Súmula 18 do STJ, que consagrou: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Isso significa que após o perdão judicial, não subsistem vestígios de condenação criminal no passado do autor, que terá cometido o crime, mas não será punível, desde que cumpridos os requisitos legais – o perdão judicial é sempre previsto em lei – para a concessão do benefício. No caso do art. 249, §2º, CP, esses requisitos são exclusivamente de natureza objetiva, é dizer, consistem na restituição do incapaz subtraído sem que o mesmo tenha padecido, durante o período em que durou a subtração, qualquer sofrimento de natureza

⁷⁶ Vide DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 395.

⁷⁷ Como bem destaca COSTA JR., Paulo José da, *op. cit.*, p. 806.

⁷⁸ Vide, a respeito, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 593.

⁷⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 593. No Direito Penal italiano, essa circunstância atua apenas como causa de diminuição da pena do delito de subtração de incapazes (art. 574, p. único). No Código Penal espanhol, também diminui a pena o fato de o autor do crime restituir a vítima ao seu domicílio ou residência ou em outro lugar conhecido e seguro, não havendo cometido maus-tratos contra ele, e desde que essa devolução seja comunicada aos pais, tutores ou curadores e a ausência não tenha sido superior a vinte e quatro horas (art. 225).

física ou moral (“*maus-tratos ou privações*”), tais como falta ou restrição de alimentação, higiene, sono, cuidados essenciais, remédios, etc.

Autores há que registram a existência de um possível conflito aparente de normas entre o delito do art. 249, CP e o crime do art. 237 do ECA, relativo ao delito de *subtração de menor para colocação em lar substituto*: “Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa”. Na opinião de NUCCI, o conflito entre ambos os dispositivos deveria ser resolvido em proveito do crime estatuído no ECA, mais específico que o tipo previsto no Código Penal⁸⁰. No entanto, nota-se que o injusto penal do art. 237, ECA, embora parta da mesma ação de subtrair, isto é, retirar o menor de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial, destina-se à finalidade específica de *colocá-lo em lar substituto* (elemento subjetivo especial do tipo), propósito que agrava especialmente o comportamento do agente, gerando risco para a vida ou a saúde do menor, razão pela qual as duas figuras típicas não se confundem⁸¹. Apenas em caso de a subtração do incapaz destinar-se a outra finalidade é que se configurará o tipo do art. 249, CP. E, mais do que isso, um argumento de peso ainda se apresenta para diferenciar ambos os crimes: enquanto o bem jurídico protegido pela incriminação do art. 249, CP, é apontado pela doutrina majoritária como sendo puramente a violação formal do respeito inerente ao poder familiar, tutela ou curatela, no art. 237, ECA, assinala-se como fundamento da incriminação a tutela dos interesses subjetivos do menor de 18 anos relativos ao seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º, ECA), razão pela qual “sequer seria possível cogitar-se em concurso de tipos penais entre a norma que expressa o crime de subtração de incapazes no Código Penal e a do art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente”⁸².

Alcançamos finalmente o ponto em que analisaremos se, de fato, a incriminação do comportamento do art. 249, CP, realmente se justifica. Como já destacamos anteriormente, se o bem jurídico protegido deve radicar exclusivamente nos interesses do menor ou interdito, e

⁸⁰ Vide NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 891. De acordo com o princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), a lei especial derroga, no caso concreto, a lei geral. Entre a norma geral e a especial, “há uma relação hierárquica de subordinação que estabelece a prevalência desta última, visto que contém todos os elementos daquela e mais alguns denominados *especializantes*. Deste modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador)” (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, *op. cit.*, p. 188).

⁸¹ Nesse sentido, vide SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu, *op. cit.*, p. 1219.

⁸² SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu, *op. cit.*, p. 1219.

não na proteção meramente formal dos institutos civis do poder familiar, tutela ou curatela, o delito de subtração de incapazes deve ser concebido como uma lesão ou perigo de lesão à liberdade ou à integridade física, psíquica e moral do menor ou interdito, e nessa trilha não haveria razão para que sua construção se fizesse em um tipo autônomo, já que o injusto nele consistente pode perfeitamente identificar-se com o de outros delitos já existentes. Assim, o crime pode ser o de *sequestro e cárcere privado* (art. 148, CP), inclusive em sua forma qualificada (art. 148, §2º, para as hipóteses de grave sofrimento físico ou moral), se por um tempo juridicamente relevante o menor ou interdito é privado da sua liberdade, fato que dificilmente deixaria de acontecer, ao menos como etapa inicial ou preliminar da subtração de incapazes – e sendo o delito de sequestro mais grave que o do art. 249, CP, não haveria razão para que a responsabilidade do autor por este último prevalecesse. Também caberia a responsabilidade pelo eventual crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), se fosse exigida qualquer vantagem pelo resgate do incapaz, ou pelo já referido crime de subtração de menor para colocação em lar substituto, do art. 237, ECA, caso seja esta a finalidade específica do agente.

Cumpramos recordar que, quando da análise do delito insculpido no art. 242, CP (*Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido*), já havíamos salientado que ao dar parto alheio como próprio ou ao registrar filho alheio como próprio, o autor necessariamente cometerá o delito de subtração de incapazes, mas sendo o crime do art. 242 mais grave, e o delito do art. 249 um crime expressamente subsidiário, prevalecerá a aplicação do art. 242, CP. Pois bem, se advogamos pela supressão dos delitos de parto suposto e registro de filho alheio como próprio, pois implicam em realidade um crime de falsidade ideológica (art. 299, CP) que por si só já encerra toda a gravidade do injusto da conduta, com muito mais razão defendemos a eliminação do art. 249 do texto do Código Penal. Eventualmente, poderia subsistir, em caso de privação da liberdade do incapaz ainda que por um curto período, a responsabilidade do autor que o subtraiu pelo delito de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP).

De igual modo, as condutas previstas no art. 242, *in fine*, relativas à ocultação do recém-nascido ou à sua substituição por outro também supõem a subtração do menor como elemento prévio à sua consecução. Destarte, aplicando-se o princípio da subsidiariedade, não haveria razão para se cominar ao autor desses comportamentos as penas do delito de subtração de incapazes, que é subsidiário e menos grave que o art. 242, mas se estimamos aqui que os delitos de ocultação e substituição de recém-nascido tampouco merecem uma previsão autônoma no Código Penal, então facilmente poder-se-ia resolver a questão

aplicando-se-lhe ao autor as penas do delito de sequestro e cárcere privado (art. 148, CP). Extirpados os crimes contra a família do Código Penal, remanesceria apenas a responsabilidade pelos delitos contra a fé pública ou contra a liberdade, a vida e a saúde do incapaz, cabendo ao Direito Civil regular e sancionar as consequências do não registro do menor na sua família de origem, ou da eventual ocultação ou troca da sua identidade civil com a de outro incapaz. Apenas havendo risco para a sua liberdade, saúde ou integridade psíquica e moral é que se justificaria a intervenção do legislador penal, e para que restasse claro o acréscimo de desvalor do resultado consistente na prática do delito de sequestro com a finalidade de ocultar ou de alterar a identidade civil do menor, outorgando-lhe outra, sugere-se aqui a criação de uma figura qualificada ou de um aumento de pena expresso, em que o elemento subjetivo do tipo de sequestro e cárcere privado consistisse precisamente em uma dessas finalidades (“*se o crime é cometido com o fim de ocultar ou de algum modo alterar a identidade civil de criança ou adolescente...*”).

CONCLUSÃO

Como facilmente se afere, inexistente algo mais fascinante e ao mesmo tempo misterioso que o fenômeno criminal. Não obstante, por vezes, o fato revele simplicidade, pode ele ensejar configurações que aguçam a mais excepcional das inteligências. O crime acontece no ventre social, porém, deve-se considerá-lo como um fenômeno eminentemente humano, afinal, o crime nasce com a humanidade. Houve já quem considerou o crime um fato normal, inerente à própria existência humana. O crime como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogênicos, vindos da própria constituição do delinquente ou do meio social em que vive -, pode conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático. Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão da tutela penal da família, mais precisamente do pátrio poder, da tutela e da curatela. Nessa linha, o tratamento penal da família é incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado Democrático de Direito,

ao se instituir no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado e, portanto, ao Direito penetrar. É cediça, portanto, a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, que de tão valorosa e essencial é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais.

No que diz respeito ao delito de induzimento à fuga, entrega arbitrária e sonegação de incapazes, nosso entendimento é no sentido de que a existência do injusto penal do art. 248, CP, só se justifica quando se interpreta o referido tipo como sendo suas vítimas exclusivamente os menores e incapazes interditados, mas não também seus pais, tutores ou curadores, já que o bem jurídico protegido radica precisamente nos interesses dessas pessoas, que correm grave risco ao serem induzidas à fuga, entregues a terceiros sem autorização de seus pais, tutores ou curadores ou quando não são restituídos à sua companhia, quando por estes reclamados. Por essa razão, vislumbra-se perfeitamente subsumível a figura típica de induzimento à fuga ao tipo do delito de *sequestro e cárcere privado* (art. 148, CP) ou mesmo de *perigo para a vida ou a saúde de outrem* (art. 132, CP). Já a entrega arbitrária poderia encontrar sua tipicidade no *abandono de incapazes* do art. 133, CP, sempre que de fato restasse comprovado perigo para a vida ou a saúde do menor ou interdito, que é entregue por quem detém a sua guarda a outrem sem autorização de seus pais, tutores ou curadores. Finalmente, a sonegação de incapazes também guarda identidade com o crime de *sequestro e cárcere privado* do art. 148, CP, só sendo de fato merecedora de punição nos casos em que reste lesionada a liberdade do menor ou interdito. Isso porque a mera violação do dever formal inerente ao exercício do poder familiar, tutela ou curatela, sem risco algum para a vida, a saúde ou a liberdade do menor ou interdito não justifica, segundo nosso parecer, a intervenção do Direito Penal, pois mais uma vez o que se tem aqui é o desrespeito a um vínculo formal decorrente do Direito Civil, e que por isso mesmo deve supor a infração de uma obrigação meramente civil, com sanções inerentes a esse ramo do Direito, sem o merecimento de pena que implica a atuação do legislador penal.

Tampouco a incriminação do comportamento do art. 249, CP, realmente se justifica. Como já destacamos acima, se o bem jurídico protegido deve radicar exclusivamente nos interesses do menor ou interdito, e não na proteção meramente formal dos institutos civis do poder familiar, tutela ou curatela, o delito de subtração de incapazes deve ser concebido como uma lesão ou perigo de lesão à liberdade ou à integridade física, psíquica e moral do menor ou interdito, e nessa trilha não haveria razão para que sua construção se fizesse em um tipo

autônomo, já que o injusto nele consistente pode perfeitamente identificar-se com o de outros delitos já existentes. Assim, o crime pode ser o de *sequestro e cárcere privado* (art. 148, CP), inclusive em sua forma qualificada (art. 148, §2º, para as hipóteses de grave sofrimento físico ou moral), se por um tempo juridicamente relevante o menor ou interdito é privado da sua liberdade, fato que dificilmente deixaria de acontecer, ao menos como etapa inicial ou preliminar da subtração de incapazes – e sendo o delito de sequestro mais grave que o do art. 249, CP, não haveria razão para que a responsabilidade do autor por este último prevalecesse. Também caberia a responsabilidade pelo eventual crime de *extorsão mediante sequestro* (art. 159, CP), se fosse exigida qualquer vantagem pelo resgate do incapaz, ou pelo já referido crime de *subtração de menor para colocação em lar substituto*, do art. 237, ECA, caso seja esta a finalidade específica do agente.

Extirpados os crimes contra a família do Código Penal, remanesceria apenas a responsabilidade pelos delitos contra a fé pública ou contra a liberdade, a vida e a saúde do incapaz, cabendo ao Direito Civil regular e sancionar as consequências do não registro do menor na sua família de origem, ou da eventual ocultação ou troca da sua identidade civil com a de outro incapaz. Apenas havendo risco para a sua liberdade, saúde ou integridade psíquica e moral é que se justificaria a intervenção do legislador penal, e para que restasse claro o acréscimo de desvalor do resultado consistente na prática do delito de sequestro com a finalidade de ocultar ou de alterar a identidade civil do menor, outorgando-lhe outra, sugere-se aqui a criação de uma figura qualificada ou de um aumento de pena expresso, em que o elemento subjetivo do tipo de sequestro e cárcere privado consistisse precisamente em uma dessas finalidades (“*se o crime é cometido com o fim de ocultar ou de algum modo alterar a identidade civil de criança ou adolescente...*”).

Saliente-se, por derradeiro, que o Anteprojeto do “novo” Código Penal⁸³, em votação no Congresso Nacional, aboliu o Título VII, onde tratava dos crimes contra a família, não fazendo qualquer menção a tais modalidades, coadunando-se com a atual política criminal de preservar a família por searas diversas do Direito Penal, uma vez que, como dito, nada tem a contribuir com o clã fraterno. Além disso, já existem outros crimes que suprem tais cominações, conforme demonstrado *supra*, ao se realizar uma análise crítica do tipos penais.

⁸³ O Projeto de Lei (PLS 236) encontra-se disponível, na íntegra, em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 04/jun/2013.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- _____. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- BOURGEOIS, Bernard. *La pensée politique de Hegel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.
- BRAGA, Antonio C. *La Rochefoucauld e La Bruyère: filósofos moralistas do século XVII*. São Paulo: Editora Escala, 2012.
- _____. *Nietzsche: o filósofo do niilismo e o eterno retorno*. São Paulo: Editora Escala, 2011.
- BRICOLA, Franco. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese, v. XIV, 1976.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 4º, vol. 1, 1966.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal – Parte especial*. Trad. Ortega J. Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1986. v. 5.
- CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CATTANEO, Mario. A. *Pena, Diritto e dignità umana*. Torino: Giappichelli, 1990.

CEREZO MIR, José. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. Trad. Luiz Regis Prado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, 1994, v. 6.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*. Madrid: Edersa, 1996.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho Penal*. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1981.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*, Parte Especial, v. 3. São Paulo: RT, 2008.

D'AMELIO, Mariano; EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: Editrice Torinese, 1975, VII.

DELMANTO, Celso *et alii*. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

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

DONNA, Edgard Alberto. *Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. t. II, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*, Parte Especial, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, 2001.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *El parentesco en el Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte speciale*. 3. ed. Bologna: Zanichelli editore, 2002, v. 1.

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

_____. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1962.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.
- GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- _____. *Prolegômenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia, 2003
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou Direito natural e ciência do estado em compêndio*. Trad. Paulo Meneses... [et al.]. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.
- _____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII.
- IZUZQUIZA OTERO, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Barcelona: Anthropos, 1990.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I, v. II. Buenos Aires: Bosch, 1952.
- LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russie soviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série central, Tome 9, Lion: Marcel Giard, 1925.
- LINDON, Raymond. *Une création pretorienne: Les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. I e II.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*, v. 3. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4.
- MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan Bustos. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trota, 2006.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Diritto Penale italiano*. Turim: Editrice Torinense, 1950. v. 7.

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal, Parte General*. Trad. De Sergio Politoff Lifschitz, Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, Julio César Faria – Editor, 2007

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

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 235 a 361 do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

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

OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2.^a ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

PISAPIA, Gian Domenico. *Delitti contro la famiglia*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1953

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, I*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

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

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

QUARTARONE, Melchior. *Direitto agli alimenti e le azioni alimentari*. Torino: Fratelli Bocca, 1884.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. t.V. Bogotá: Temis, 1975.

RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le Droit Civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936.

RODRIGUES, Sylvio. *Direito Civil, Direito de Família*, v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

- ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 923, 2012.
- _____. *O Novo Direito Penal das Famílias*. Leme: EDIJUR, 2015.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.
- SACCO, Rodolfo (et. al.). *Digesto delle Discipline Penalistiche*. 4. ed. Torino: Editrice Torinese, 1994, v. 5.
- SILVA FRANCO, Alberto; DIX SILVA, Tadeu Antonio in SILVA FRANCO, Alberto; STOCCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação* (Coords.). 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. 5. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.
- TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- _____. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.