

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

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, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

**ESTADO DE FILIAÇÃO COMO BEM JURÍDICO-PENAL?: ANÁLISE CRÍTICA
DOS ARTIGOS 241 E 242 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E SUA
POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO**

**¿ESTADO DE FILIACIÓN COMO BIEN JURÍDICO PENAL?: ANÁLISIS CRÍTICO
DE LOS ARTÍCULOS 241 E 242 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO Y SU
POSIBILIDAD DE DESCRIMINALIZACIÓN**

**Gisele Mendes De Carvalho
Gerson Faustino Rosa**

Resumo

O presente trabalho tem por escopo a análise crítica um importante problema político-criminal da atualidade: a criminalização dos responsáveis pelos crimes de registro de nascimento inexistente, parto suposto e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, 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 tutelar bens jurídicos passíveis de proteção por outras esferas do Direito, valendo-se da força simbólico-comunicativa do Direito Penal desnecessariamente, ampliando em demasia o alcance da Ciência Penal, a ponto de vulgarizar todo o sistema jurídico-penal em razão de seu uso indiscriminado. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da Política Criminal relativa ao estado de filiação, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares. Posteriormente, analisam-se os tipos penais inculpidos nos artigos 241 e 242 do Código Penal brasileiro, criticando-se tais criminalizações, tendo em vista tratar-se de tipos penais subsidiários, perfeitamente dispensáveis do ordenamento jurídico-penal e passível de salvaguarda por outras criminalizações e pelo Direito Civil, que na resolução de tais conflitos mostra-se muito mais eficaz do que a intervenção penal.

Palavras-chave: Estado de filiação, Registro de nascimento inexistente, Parto suposto, Intervenção mínima, Bem jurídico-penal.

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo tiene por finalidad el análisis crítico de un importante problema político-criminal de la actualidad: la criminalización de los responsables por los delitos de registro de nacimiento inexistente, parto supuesto y supresión o alteración del derecho inherente al estado civil del recién-nacido, lo que no mas corresponde a la actual función del sistema penal, criticándose la actividad desenfrenada del Poder Legislativo, que produce leyes penales con el fin de proteger bienes jurídicos susceptibles de protección por otras esferas del Derecho, utilizando la fuerza simbólico-comunicativa del Derecho Penal desnecessariamente, ampliando demasiado el alcance de la Ciencia Penal, hasta el punto de vulgarizar todo el sistema jurídico-penal en virtud de su uso indiscriminado. Para ello, en primer lugar, este estudio trata de la Política Criminal relativa al estado de filiación, criticándose el

intervencionismo estatal en cuestiones puramente familiares. Posteriormente, se analizan los tipos penales de los artículos 241 y 242 del Código Penal brasileño, criticándose dichas incriminaciones, una vez que se tratan de tipos penales subsidiarios, perfectamente dispensables en el ordenamiento jurídico-penal y pasible de salvaguardia por otras criminalizaciones y por el Derecho Civil, que en la solución de dichos conflictos, parece ser mucho más eficaz que la intervención penal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Estadio de filiación, Registro de nacimiento inexistente, Parto supuesto, Intervención mínima, Bien jurídico-penal.

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, constata-se que a comissão de juristas responsável pelo Projeto de 2012 silenciou acerca da criminalização dos delitos contra a família e, em especial, sobre os delitos de “registro de nascimento inexistente” (art. 241, CP) e de “parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido” (art. 242, CP), 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 Civil e, por vezes, o Direito Administrativo, tutelam de forma mais eficiente tais situações.

É cediça a grande e fundamental importância da família como bem jurídico-penal, para o Direito e para a sociedade, especialmente em relação aos menores, cuja existência, tão valorosa e essencial, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. Mas isso deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais a esse bem jurídico¹. Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre a gravidade dos fatos (crimes de registro de nascimento inexistente, parto suposto e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido) e a gravidade das penas (criminalização das condutas contra o estado de filiação), propugna-se, neste estudo, que a tutela legal da família seja dada, em especial, mediante a descriminalização de tais delitos, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a presente inflição de pena a tal conduta, pois a presente criminalização, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar e a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça pouco ou nada têm a contribuir com a formação e a reestruturação familiar.

Ademais, o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio legis*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes da vida do indivíduo e da própria sociedade. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal dos crimes de registro de nascimento inexistente, parto suposto e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, indaga-se se seria

¹ ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Crimes de abandono e intervenção mínima: os limites da atuação do Direito Penal na proteção da família. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Orgs.). *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 216 e ss.

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

Diante disso, serão apresentadas algumas soluções político-criminais, explanando-se as vantagens e desvantagens que trazem em seu bojo, propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade: os limites da intervenção do Direito Penal na proteção da família. Empregar-se-á, para tanto, o método dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira, periódicos e demais documentos.

1 O ESTADO DE FILIAÇÃO COMO BEM JURÍDICO-PENAL ESPECÍFICO: A PROTEÇÃO DOS INTERESSES MATERIAIS DA FAMÍLIA

O sentido do direito à identidade pessoal é o de garantir a revelação da marca genética, que caracteriza a pessoa como ser humano ou indivíduo singular e único, trazendo consigo o direito ao nome e à historicidade pessoal. O sistema jurídico consagra a identidade pessoal como direito subjetivo da pessoa, centro das preocupações da ciência jurídica na contemporaneidade, proporcionando, ainda, mecanismos garantidores de seu alcance efetivo².

Essa consagração revela uma alteração central de preocupação do moderno Direito das Famílias, que deixa de priorizar o casamento e a família dele oriunda como instituição e passa a dedicar-se à pessoa e a seus valores e direitos fundamentais, essenciais, imanes, como o direito de conhecer sua origem biológica. Trata-se de um tempo de grande influência do Direito Público e dos direitos fundamentais do cidadão em todos os ramos do Direito Privado, em especial no *Jus Familiae*, desencadeando-se uma reestruturação dos direitos individuais clássicos, hoje influenciados pela teoria dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados³.

Não se trata mais, tão somente, da liberdade de encetar um projeto parental. Sob a ótica dos filhos, consiste, isso sim, num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, tendo ao menos o atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação,

² ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 42.

saúde e educação. O privado não é mais o direito das relações “domésticas” da família, e o público não é mais, apenas, o direito que diz respeito ao Estado e ao político⁴.

O direito ao conhecimento da progenitura tem sua nascente na órbita do Direito de Família, posto ser nessa seara que se encontram as regras aplicáveis às relações oriundas do casamento ou do parentesco – consanguíneo ou civil⁵. Não obstante tal previsão revelar-se em um mecanismo do sistema jurídico na órbita privada, destinado à concretização do direito subjetivo da pessoa de conhecer seu ascendente genético, o tema do *estado de filiação* tem alcançado, na contemporaneidade, emanações relevantes e, sem dúvida, a mais expressiva delas foi a consagração do direito à identidade pessoal destacar-se como direitos fundamentais expressos em diversos documentos internacionais⁶. Tal perspectiva permite a abertura de um novo olhar ao sistema jurídico, propiciando que na busca da incessante proteção integral da pessoa em seus direitos essenciais – porque fundamentais à existência digna – busquem-se aportes em outras searas do próprio Direito e de outras ciências⁷.

Além da fundamentalidade de se assegurar o conhecimento da origem biológica para o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, o reconhecimento do estado de filiação também atribui ao filho direitos sucessórios, que correspondem à capacidade por ele adquirida para herdar *ab intestato* do pai e dos parentes deste. Sob elevado aspecto moral, não deveria tal efeito suplantar outros, não deveria primar sobre a importância social da atribuição de *estado de filiação*, nem sobre a efetivação dos direitos e deveres decorrentes do *poder familiar* (antes *pátrio poder*), nem sobre as relações familiares ou o nome que o filho reconhecido assume como consequência da declaração de seu novo estado de filiação. Entretanto, o homem do direito não pode perder de vista que nem sempre, ou quase nunca, o interesse moral é o móvel das ações humanas, as quais se deixam impulsionar pela *aura sacra famae*, relegando para plano secundário o que não se reflete no patrimônio⁸.

Sob tais prismas, o *estado de filiação* foi elevado ao *status* de bem jurídico-penal, e recebeu, em consequência, a proteção penal do *estado de filiação*, no Capítulo II, do Título

⁴ *Idem. Ibidem.*

⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 43.

⁶ O artigo 7º da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas – Resolução n.º 44/25, de 1989, consagrou o interesse superior da criança de ver estabelecida a sua filiação, recebendo a conotação de um valor básico a ser protegido pelo sistema jurídico, dispondo que “a criança é registrada logo após o seu nascimento e tem desde então o direito a um nome, o direito a uma nacionalidade e, na medida do possível, o direito de conhecer seus pais e ser educada por eles”. Neste sentido, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, aprovada pelo Conselho da Europa, também estabelece em seu artigo 1.º a obrigação de proteger “a dignidade e a identidade de todos os seres humanos”.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 134.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 253.

VII do Código Penal brasileiro, que compreende os crimes contra o estado de filiação, que o Código Penal italiano de 1930 denominou de *delitti contro lo stato di famiglia*⁹. Punem-se no presente capítulo as ações dolosas pelas quais o agente procura destruir o liame, todo de ordem jurídica, que prende cada indivíduo em uma família determinada. Por motivo da proteção especial concedida à família, recortam-se, para formar o presente capítulo, várias figuras de falsidade¹⁰, cominando-se-lhe pena especial, por entender-se que os direitos de família constituem um bem especial sujeito a proteção também especial¹¹.

No Direito Penal alemão e no argentino, o bem jurídico protegido é o *estado civil*, expressão que o legislador penal tomou do Direito Privado francês, que, por sua vez, originase do *status familiae* romano. E este estado civil compreende tudo o que diz respeito à condição social das pessoas¹². O nome, seus direitos e obrigações de família, sua posição no Estado e na sociedade¹³.

Trata-se da posição, qualidade ou condição que a pessoa ocupa na sociedade de acordo com seus relacionamentos de família, e fonte de seus direitos e obrigações. Dita posição na família implica a individualidade do sujeito e, assim, sua identidade determinada com base em uma série de características, que são as qualidades constitutivas deste estado. Díaz de Guijarro define o estado de família como a posição que ocupa uma pessoa dentro da família. É um atributo da personalidade humana e representa muito mais que uma relação jurídica, pois constitui um local de onde se originam, direta e espontaneamente, múltiplas relações presentes e possíveis, imediatas e mediatas, efetivas e potenciais¹⁴.

No Brasil, o legislador ordinário restringiu ainda mais o alcance da tutela penal, uma vez que limitou-se a proteger tão somente o *estado de filiação*. A *filiação* consubstancia-se na relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores, considerada, ascensionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes¹⁵. E dela, como dito, decorrem múltiplas relações jurídicas e não jurídicas¹⁶. Tais como: o nascimento, o lugar e a data em que este ocorreu, a filiação natural, o sexo, o nome e sobrenome do recém-nascido, o seu reconhecimento, a adoção, os efeitos sucessórios etc¹⁷.

⁹“Crimes contra o estado de família”, ou, dito de outra forma, contra o estado familiar, ou ainda, contra a situação familiar.

¹⁰ Neste sentido: DONNA, Edgard Alberto. *Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. t. II, 2008, p. 9-10; SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 103; HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 354.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 354.

¹² LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 307.

¹³ DONNA, Edgard Alberto. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁴ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de Familia*. Buenos Aires: Tea, 1953, p. 381.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, 2001, p. 301.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 354.

¹⁷ DONNA, Edgard Alberto. *Op. cit.*, p. 12.

Importa ter em conta que o *estado de filiação* das pessoas pode ser afetado também pela realização de outros delitos, como por exemplo, alguns crimes contra a fé pública (ex.: art. 299, CP), o que é lógico, uma vez que o estado de filiação (leia-se estado civil) se assenta em documentos públicos (ex.: certidão de nascimento)¹⁸. Por tal razão, defende-se aqui que o *estado de filiação* não possui entidade suficiente para receber o *status* de bem jurídico-penalmente protegido, pois o Direito Penal não deveria tutelar especificamente as minúcias, as extremidades dos registros públicos, relativos às suas distintas manifestações, tais como: falecimento, nacionalidade, emancipação, nascimento, dentre outros, vulnerando o princípio reitor da intervenção mínima do Direito Penal¹⁹. Isso porque já salvaguarda a fé pública, que a todos estes engloba, perfazendo a tutela penal suficiente e adequada. Assim, o ideal seria que o legislador penal deixasse a cargo do Direito de Família o tratamento e regulamentação dessas especificidades.

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DELITOS DESCRITOS NOS ARTIGOS 241 E 242 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

2.1 REGISTRO DE NASCIMENTO INEXISTENTE

O tipo penal incriminador intitulado pelo legislador ordinário como *registro de nascimento inexistente* encontra-se descrito no art. 241, do Código Penal, e descreve, essencialmente, a conduta ativa de promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente, incriminando-a com pena de reclusão de 2 a 6 anos, caracterizando-se como infração penal de elevado potencial ofensivo.

O atual Código Penal, de 1940, inspirando-se no artigo 566 do Código Penal italiano, de 1930, e dispensando a redação que lhe dava o artigo 301 do Projeto Alcântara Machado - inspirado na mesma fonte -, prevê o delito de registro de nascimento inexistente entre os crimes contra a família, insculpindo-o no artigo 241, do Título VII – Dos crimes contra a família e Capítulo II – Dos crimes contra o estado de filiação.

O artigo 265, do malfadado Código Penal de 1969 e o artigo 241 do Anteprojeto de 1999 reproduziam o texto vigente, diferentemente do Anteprojeto de 1984, que tentou

¹⁸ *Idem. Ibidem.*

¹⁹ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*. Madrid: Edersa, 1996, p. 43.

acrescentar a finalidade especial: “para obter vantagem ou prejudicar direito de outrem”, tratando do presente delito em seu artigo 253²⁰.

Atualmente, o que se pune é a conduta ativa de promover a inscrição no registro civil de nascimento inexistente, com pena de reclusão de dois a seis anos, com o *nomen iuris* de *registro de nascimento inexistente*, conforme se abstrai da leitura do artigo 241, do Código Penal²¹. Esse delito também aparece com o nome *suposição de estado*, ou ainda, *suposição de parto*, e assim faz o Código Penal chileno, em seu artigo 353.

O bem jurídico aqui tutelado, segundo a doutrina majoritária, é a regular formação da família, em especial a segurança das fontes probatórias do estado de filiação²². É o que se abstrai da sistematização do Código Penal, que inseriu a presente criminalização no capítulo de crimes contra o estado de filiação²³.

Na doutrina italiana também é prevalente o entendimento de que a proteção recai sobre o estado de filiação legítimo ou natural, tido como apenas um dos *status* familiares, certamente o mais importante deles, pois contribui consideravelmente na constituição da personalidade do indivíduo²⁴, que se refere ao seu posicionamento perante a família e à sociedade, de onde o ordenamento jurídico possibilita um complexo de direitos e deveres, protegendo-se interesses particulares e individuais²⁵.

Já segundo outra orientação, o bem jurídico protegido é público, em razão de existir uma vinculação entre o nascimento e aquele declarado no estado civil, que não se pode encontrar no nascimento inexistente, mas que mesmo assim pode produzir efeitos

²⁰ O Projeto do “novo” Código Penal, de 2012 (PSL 236), ainda em votação no Congresso Nacional, aboliu o Título VII, que tratava dos crimes contra a família, inclusive o artigo 241, não fazendo qualquer menção a tais modalidades, coadunando-se com a atual política criminal de tutelar a família por searas diversas do Direito Penal.

²¹ Registro de nascimento inexistente: Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Penal – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

²² MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, 764; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 1095; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 241; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 552; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 237; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op., cit.*, p. 322; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 19.

²³ Vide PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 61, tratando da função sistemática do bem jurídico-penal, que organiza nosso Código Penal, distribuindo as criminalizações em Títulos e Capítulos, conforme o bem jurídico-penal tutelado.

²⁴ Esse *status familiae* é o complexo de direitos inerentes à pessoa a partir de seu nascimento, que integra o direito de filiação; esse direito demonstra que o indivíduo pertence à determinada descendência, assim como o *status civitatis* comprova que o cidadão é de determinada nacionalidade (vide: MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, 764; Vide Capítulo 1, item 1.1, sobre o alcance e a tutela legal dos Direitos da Personalidade).

²⁵ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 670, assevera que o objeto da incriminação, em todos os casos, é a necessidade de se tutelar a ordem jurídica da família e, precisamente, o estado civil dos nascidos contra todas as formas de falso e de fraude. Neste sentido, BRICOLA, Franco. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Torinese, v. XIV, 1976, p. 774; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 465; PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 615.

significativos²⁶. Logo, o registro de nascimento inexistente compromete, sobretudo, a fé pública depositada nos documentos oficiais²⁷, residindo, a essência do crime, na falsidade de documento público²⁸. Ao se criminalizar o registro civil de nascimento inexistente, não se está a proteger o estado de filiação, como se observa pela sistematização do Código Penal (Título VII, Capítulo II – Dos crimes contra o estado de filiação), mas a “fé pública”, pois se trata de uma fraude, de um engodo, ao sistema de registros públicos, de um atentado à certeza das relações jurídicas²⁹, substituindo-se o verdadeiro pelo não verdadeiro³⁰.

E não há que se afirmar, como Maggiore, tratar-se de proteção ao *status familiae*³¹ – tido como o complexo de direitos inerentes à pessoa a partir de seu nascimento - que integra o direito de filiação, demonstrando que o indivíduo pertence à determinada descendência³². Isso porque a conduta típica consiste em registrar um nascimento inexistente, logo não se está a proteger alguém, pois não existe ninguém, uma vez que não ninguém nasceu...

É por estes motivos que a presente criminalização não deveria figurar no Título VII – Dos crimes contra a família, mas estaria mais adequadamente inserida entre os crimes contra a fé pública, no Título X, do Código Penal. Assim, não há outra saída a não ser a exclusão da presente criminalização do ordenamento jurídico-penal, uma vez que o artigo 299 do Código Penal, ao criminalizar a falsidade ideológica, supre tal necessidade³³.

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 552.

²⁷ Neste sentido, há quem defenda ser o bem jurídico protegido a segurança do estado de filiação (paternidade, maternidade e a filiação) e a fé pública dos documentos oficiais (*vide*: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 1095 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 237).

²⁸ Neste sentido, Rogério Greco entrevê que o delito em questão “é uma forma especializada do crime de falso, haja vista que o agente fornece, falsamente, os dados exigidos pelo art. 54 da Lei de Registros Públicos ao Cartório de Registro Civil, a fim de promover a inscrição de nascimento inexistente” (GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 680).

²⁹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1188; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 109-110.

³⁰ É o que ensina Franz von Liszt, quando afirma que nos crimes referentes à falsidade documental, a lei não protege “os documentos por amor a eles mesmos”, mas sim em função de variáveis bens jurídicos que são tutelados nestes delitos” (LISZT, Franz von. *Op. cit.*, p. 307), entre os quais seguramente poderiam se situar os direitos subjetivos das pessoas eventualmente lesadas pelo falso registro de criança inexistente (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1188).

³¹ Pode-se conceituar o *status familiae* como a posição que o indivíduo desfruta no agregado familiar e social, à qual o ordenamento jurídico atribui determinados efeitos (PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 618). Assim, o *status*, que exprime uma qualidade ou um modo de ser do sujeito, é um *prius* que implica determinadas conseqüências jurídicas, tais como o *status* de filho legítimo, natural ou adotivo (COSTA JUNIOR, Paulo José. *Op. cit.*, p. 786).

³² MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 674.

³³ Falsidade ideológica: Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte (*grifou-se*).

Como sujeito ativo do crime inculpado no artigo 241 do Código Penal, tem-se que qualquer pessoa poderá realizar a conduta típica, pois trata-se de crime comum, que é mais comumente praticado por familiar legitimado a proceder o registro. O delito pode, entretanto, ser cometido por pessoa estranha aos quadros familiares, ou ainda, por oficial do Registro Civil. O médico que eventualmente fornecer atestado de nascimento inexistente e a testemunhas do suposto nascimento poderão figurar, em tese, como partícipes da presente criminalização³⁴.

Em total coerência com o verdadeiro bem jurídico tutelado, tem-se que o sujeito passivo é o Estado, atingido pela lesão a interesse de natureza predominantemente pública, qual seja, à fé pública. São também vítimas do crime todas as demais pessoas eventualmente prejudicadas pelo registro³⁵. No entanto, para aqueles que defendem tratar-se proteção ao estado de filiação, têm-se como sujeitos passivos do delito todas as pessoas que de alguma forma sejam prejudicadas pelo registro do falso e, somente de maneira secundária, o Estado, sujeito passivo mediato³⁶. Paulo José da Costa Junior ressalva que, como nem sempre existe essa pessoa prejudicada, entende-se o sujeito passivo como eventual³⁷.

A figura típica de *nomem iuris* registro de nascimento inexistente³⁸, consiste em atribuir a uma mulher a maternidade de um filho, inexistente ou natimorto, providenciando o registro de um ser humano inexistente. Pressupõe-se, documentalmente, um ser humano que não existe, cujo registro vai produzir efeitos jurídicos de suma importância na esfera cível. O verbo típico é “promover”, que significa propor, provocar, requerer, solicitar a inscrição de nascimento inexistente em livro próprio do registro civil³⁹. Configura igualmente o delito previsto no artigo 241 não apenas o registro de nascimento inexistente, como também a

³⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1095; QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 613; NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 1041.

³⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 322; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1095.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 238. Muito ponderado o posicionamento de Alberto Silva Franco, que compartilha parcialmente da ideia defendida por Bitencourt, afastando a presença do Estado como sujeito passivo do delito em tela, pois acata como vítimas do delito somente as pessoas que venham a ser, de algum modo, lesadas pelo falso registro de nascimento da fictícia criança. Remarcando-se, contudo, não se vislumbrar a configuração de crime acaso não exista pessoa alguma prejudicada pela falsidade efetuada por quem realizou o registro de nascimento de um ser humano inexistente (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1188).

³⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 786. Neste sentido é a lição de Pisapia ao anotar que, nos crimes de objetividade jurídica indeterminada, como no crime em tela, a individualização do sujeito passivo é problemática. Não se deve excluir que, em certas hipóteses fáticas, o sujeito passivo *stricto sensu* venha faltar (PISAPIA, Gian Domenico. *Op. cit.*, p. 618). Com a devida vênia, não se trata de objetividade jurídica indeterminada, mas de uma criminalização mal alocada pelo legislador penal, uma vez que tutela-se aqui, em verdade, a fé pública.

³⁸ Registro de nascimento inexistente: Art. 241 - Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

³⁹ PIERANGELI, José Henrique, *Op. cit.*, p. 553;

inscrição de nascimento de natimorto⁴⁰. Dito de outra forma, aperfeiçoa-se o delito quando se afirma ter nascido filho de mulher que não deu à luz – quer por não se encontrar grávida, quer por ainda não ter ocorrido o parto – ou quando se declara vivo o natimorto⁴¹.

O presente delito consiste, indubitavelmente, numa falsidade ideológica ou material, conforme o caso, não faltando, pois, razões para os autores que preferem incluí-lo entre os delitos de falso. Assim, poderá configurar a falsidade ideológica quando se faz inserir no local próprio, declaração falsa ou diversa daquela que deveria constar, induzindo em erro a pessoa legitimada a fazê-lo; será, no entanto, falso material quando o agente se vale de contrafação ou alteração do registro já procedido⁴². Entretanto, é prevalente o entendimento de que o delito de falsidade (material ou ideológica) resta absorvido pelo delito de registro de nascimento inexistente, tendo-se a falsidade como etapa da realização do delito inculcado no artigo 241. Assim, por cuidar-se de tipo penal mais amplo, entende-se que o registro de nascimento inexistente absorve a falsidade, que é menos abrangente, conforme o critério da consunção⁴³.

Não há que se discordar da aplicação do princípio da consunção ao presente caso, todavia, trata-se de criminalização desnecessária, dispensável, pois o bem jurídico restaria perfeitamente tutelado pela criminalização do falso, que é caminho necessário para a realização do registro inexistente, integrando seu *iter*. Neste sentido, Maggiore assevera que tal delito é antes de tudo uma falsidade, e como tal, deveria figurar no título próprio. Para ele, a sistematização do antigo Código toscano, de 1853, permanece cientificamente a mais correta e a ela devia tornar-se, uma vez que o referido diploma optou por considerá-lo uma forma de falsidade⁴⁴. Os códigos que assim não agem dão prevalência ao bem jurídico

⁴⁰ Neste caso, tem-se como conduta penalmente relevante a de fazer parecer ter nascido vivo, neonato incapaz de alcançar um estado civil (ANTOLISEI, Francesco. *Op. cit.*, p. 466).

⁴¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1095-1096; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 786. O nosso Código Penal, embora extraindo as lições do artigo 566, do Código Penal italiano, preferiu seguir caminhos próprios, formalizando a proibição em dois momentos, tipificados entre nós nos artigos 241 e 242 do Código Penal brasileiro. Assim, se a conduta é a de registrar nascimento inexistente ou de natimorto, haverá a incidência do artigo 241. Entretanto, se a conduta consistir em suposição de parto - a mulher simula a gravidez e o parto, apresentando como fruto deles uma criança que não é sua -, ou suposição de criança - embora realizados os pressupostos fáticos da gravidez e do parto, o natimorto é substituído por um neonato, teremos, em ambos, a incidência do artigo 242, do Código Penal (CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal – Parte especial*. Trad. Ortega J. Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1986. v. 5, p. 543).

⁴² PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 553.

⁴³ ANTOLISEI, Francesco. *Op. cit.*, p. 466-467; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1096; HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 324-325; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 786; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 238.

⁴⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 674. *Vide também*: NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 321; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 117; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 553. O melhor é que se evite a criação de delitos subsidiários, de “soldados de reserva”, de crimes de moldura, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com

categorial estruturação da família, protegendo-a expressamente através do bem jurídico específico *estado de filiação*.

O elemento subjetivo do tipo compõe-se pelo dolo, que é consciência e vontade de promover no Registro Civil a inscrição de nascimento inexistente, e ocorre quando o agente, levemente, realiza a inscrição falsa apenas para encobrir a mentira⁴⁵. Na eventualidade do agente incorrer em erro sobre pressupostos fáticos do tipo penal, exclui-se o crime por força do artigo 20, § 1.º, do Código Penal⁴⁶. Um caso concreto é o de um homem que registrou nascimento de filhos inexistentes⁴⁷. Ele estava ausente há tempos da cidade onde residia, e sua mulher havia simulado gravidez; meses após convenceu-o do suposto nascimento de gêmeos, inclusive enviando-lhe fotografias de seus fictícios filhos. Incorrendo assim, o hipotético pai, em erro plenamente justificado, supondo uma situação de fato, que se existisse, tornaria a ação legítima⁴⁸.

Trata-se de crime instantâneo e de efeitos permanentes, que se consuma com a efetiva inscrição do nascimento inexistente no Registro Civil, independentemente da eventual ocorrência de prejuízo a outrem. Tratando-se de crime material e de natureza plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, nada impede a tentativa, que pode ocorrer quando, por exemplo, o agente declara no Registro Civil nascimento inexistente, mas este não é inscrito no livro adequado por circunstâncias alheias à sua vontade (v.g., desconfiança do oficial do Registro Civil, denúncia da falsidade da declaração prestada por terceiro. Nestes casos, não se passou da execução, ficando o delito em grau de tentativa)⁴⁹.

A pena cominada, isoladamente, ao delito inculcado no artigo 241, do Código Penal é de reclusão de dois a seis anos. A ação penal será, em qualquer caso, pública e incondicionada. Em que pese a existência de entendimento oposto, afirmando ser a

o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem tornado-se, dia a dia, mais difícil de ser aplicado em decorrência disso.

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1189; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1096; HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 324-325; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 786; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 238; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 553.

⁴⁶ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. (*grifou-se*)

⁴⁷ TJSP – AC – Rel. Gonçalves Santana – RT 381/152.

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1189; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1096; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 321; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 117; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1189-1190.

consumação o termo inicial do prazo prescricional⁵⁰, é mais coerente a assertiva de que o lapso prescricional inicia-se, não na data da consumação do crime, mas naquela em que o fato se tornou conhecido, isso porque o delito em tela implica falsificação do assentamento do Registro Civil⁵¹, justificando a incidência da disciplina traçada pelo artigo 111, IV, do Código Penal⁵².

2.2 PARTO SUPOSTO. SUPRESSÃO OU ALTERAÇÃO DE DIREITO INERENTE AO ESTADO CIVIL DE RECÉM-NASCIDO

O crime do artigo 242, do Código Penal⁵³ incrimina aquele que dá parto alheio como próprio, e/ou que registra como seu o filho de outrem, e/ou que oculta ou substitui recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil deste, podendo produzir graves consequências na estruturação familiar, pois o estado civil (*personenstand*)⁵⁴ é o conjunto e ao mesmo tempo a condição dos direitos de família⁵⁵. Tendo por base o fato de pertencer um indivíduo a uma família determinada, o estado civil designa a posição jurídica desse indivíduo não só em relação aos membros da família, como em relação a todos os outros homens. Origina-se no nascimento, termina com a morte, muda a adoção (e também, segundo o Direito territorial, com o reconhecimento da paternidade ilegítima), com a legitimação, a celebração e a dissolução do casamento⁵⁶.

A ofensa ao estado civil é um delito especial, mas só reconhecido nesta larga acepção pela nova legislação. Atualmente, nosso Código Penal, inspirado pelos legisladores belga e

⁵⁰ LACERDA, Romão Côrtes de; (in) HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 326.

⁵¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 786-787; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 554; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1096; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1189-1190;

⁵² Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

⁵³ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

⁵⁴ Na Alemanha, o que constitui o delito é a *ofensa ao estado civil de outra pessoa* (artigo 169), no entanto o legislador individualizou, como caso especialmente importante, a *suposição ou dolosa substituição de infante*, isto é, de uma pessoa que, em razão de sua idade juvenil, não tem ainda clara consciência do fato de ser membro de uma família dada e por isso não está em condições de desfazer os planos do agente (LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 134).

⁵⁵ Não se pode confundir a criminalização do art. 242 com a do art. 241 (registro de nascimento inexistente). Enquanto no art. 242 o legislador tratou de punir aqueles que alteram o estado civil de pessoa existente (recém-nascido). No art. 241 criminaliza-se quem registra nascimento inexistente, que não ocorreu, atribuindo a uma mulher a maternidade de um filho, inexistente ou natimorto, registrando ser humano inexistente.

⁵⁶ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 132-133.

italiano⁵⁷, o faz no Título VII, “Dos crimes contra a família”, alocando-o no Capítulo II, “Dos crimes contra o estado de filiação”, art. 242, de *nomen juris* “Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido”⁵⁸.

Trata-se de tipo misto cumulativo⁵⁹, de ação múltipla, em razão da previsão legal de diversas formas de se cometer o delito, pois apresenta várias figuras delituosas no mesmo dispositivo legal. Destarte, a prática de duas ou mais destas condutas determina a aplicação do concurso material de delitos, nos termos do art. 69, do Código Penal⁶⁰.

Como bem jurídico-penal, tutela-se a segurança do estado de filiação - particularmente dos recém-nascidos - e a fé pública dos documentos oficiais. A substância do crime reside na falsidade de documento público, que tem sua reprovação agravada pelo fato de atingir o estado de filiação, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil⁶¹.

Dito de outra forma, o objeto da incriminação é, em todos os casos, a *fé pública* - consubstanciada na certeza das relações jurídicas⁶², buscando evitar que se substitua o verdadeiro pelo não verdadeiro⁶³ -, bem como a ordem jurídica da família, em especial, o *estado civil das pessoas recém-nascidas*, uma vez que, do nascimento resultam direitos e obrigações (*cf.* alimentos, sucessão etc.), onde se estabelecem exigências jurídico-sociais na formação do estado jurídico-familiar das pessoas⁶⁴. Assim, não pode o Estado deixar de volver suas vistas para os fatos que atentam contra ambos os bens jurídicos aqui protegidos

⁵⁷ O Código Penal italiano prevê tais condutas em disposições distintas, nos seus arts. 566, parte final e 567. E foi mais coerente do que o tratamento dado pelo legislador penal pátrio, que preferiu abranger diversas condutas distintas em um único tipo (pluriofensivo e misto cumulativo). Incumbe notar, por isso, que a condição *suprimindo ou alterando direito relativo ao estado civil* não diz respeito ao *parto suposto* (NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323).

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 946; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 555.

⁵⁹ Apesar da classificação doutrinária de que o delito inculcado no artigo 242 do Código Penal é um tipo misto cumulativo, discorda-se aqui no que tange ao parto suposto e ao registro de filho alheio como próprio. Assim, entende-se que, se eventualmente uma mulher dá parto alheio como próprio e, em seguida, registra o respectivo recém-nascido (filho de outrem) como seu, cometerá um único crime, sendo aquele absorvido por este (critério da consunção ou absorção - conflito aparente de normas), não havendo que falar-se em concurso material de crimes (entendendo de modo contrário *c. f.*: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 324; FRAGOSO, Helene Cláudio. *Op. cit.*, p. 119; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 22).

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 240; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 787; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 946; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 555; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 20; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, 1040; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 679.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1097; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1190; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 240; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 787.

⁶² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, 1188; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 109-110.

⁶³ É o que ensina Franz Von Liszt, quando afirma que nos crimes referentes à falsidade documental, a lei não protege “os documentos por amor a eles mesmos, mas sim em função de variáveis bens jurídicos que são tutelados nestes delitos” (LISZT, Franz von. *Op. cit.*, p. 307) dentre os quais seguramente poderiam se situar os direitos subjetivos das pessoas eventualmente lesadas pelo falso registro de criança recém-nascida.

⁶⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 555.

(fé pública e estado de filiação), permitindo essa situação que vincula a pessoa a uma família e, da qual decorrem efeitos e consequências de maior relevância, consubstanciando interesses privados e públicos⁶⁵.

No entanto, como se propugna aqui a extinção do Título VII – “Dos crimes contra a família” - da Parte Especial do Código Penal brasileiro, uma possível solução seria que o delito descrito no artigo 242 fosse inserido como figura qualificada da falsidade ideológica (art. 299), pois trata-se de crime contra a fé pública, mantendo-se, desta forma, o critério utilizado pelo legislador ordinário que optou por dividir as cominações conforme o bem jurídico-penal protegido⁶⁶.

Foi essa, aliás, a solução encontrada pelo Código Penal toscano, de 1853, que segundo Maggiore, trouxe a sistematização mais coerente cientificamente, e a ele deveria tornar-se, pois tal delito é, antes de tudo, espécie de falsidade e por isso deveria figurar em capítulo próprio⁶⁷. Trata-se, como já dito, de critério de classificação: os códigos que assim não agem dão prevalência ao bem jurídico da estrutura jurídica da família, protegendo-a expressamente no setor do estado de filiação⁶⁸.

Tem-se, portanto, como objeto da tutela penal, além da fé pública, os direitos subjetivos do recém nascido, sua dignidade humana, um dos pilares do Estado Social e Democrático de Direito. Manifesta-se aqui, pela primeira vez, a tutela da segurança do recém-nascido a que alude o presente capítulo. A incriminação das condutas aqui almeja também coibir a prática da abjeta, porém concreta, venda de crianças⁶⁹. Isso porque a criança recém-nascida possui direitos subjetivos inalienáveis, que não podem ser vulnerados pela via da alteração ou modificação da filiação, especialmente nas circunstâncias descritas no tipo penal, o que conduz a reafirmar o merecimento da tutela penal⁷⁰.

⁶⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 321.

⁶⁶ *Vide*: JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 353; PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.*, p. 61. Lecionam que o bem jurídico penal tem função sistemática pois atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente.

⁶⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 176; MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 760.

⁶⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323.

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1190.

⁷⁰ OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 512. Ademais disso, pela suposição de infante pode mudar-se a ordem de sucessão, dar-se a transmissão de um *fideicomisso* etc., ou, com relação a filhos ilegítimos até levantar-se pretensões a alimentos. Veja-se que, em regra ocorrerão também aqui prejuízos de ordem patrimonial, mas esta não é a circunstância decisiva. Decisivo é somente o fato de que o estado civil de um infante foi mudado (LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 135).

O *sujeito ativo do parto suposto* é unicamente a mulher, pois trata-se de delito especial próprio. Possível ainda falar-se em concurso de agentes, se com ela participam também, por exemplo, o falso pai, o obstetra, alguns familiares ou, até mesmo, a mãe verdadeira. Nas demais modalidades delitivas (*registro, ocultação e substituição de recém-nascido*), qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, indistintamente⁷¹.

A doutrina perdura sua compreensão que em todos os casos, o *sujeito passivo* é o Estado – titular da *fé pública* –, ao lado dos herdeiros prejudicados, das pessoas eventualmente lesadas pelo registro e dos recém-nascidos⁷². No entanto, em atenção ao bem jurídico tutelado – *estado de filiação* – nas quatro modalidades contidas no tipo penal, o sujeito passivo será o neonato, considerando-se que o recém-nascido é o titular dos direitos subjetivos alienáveis acima referidos⁷³.

Objetivamente, o tipo penal de *nomen juris: Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém nascido*, engloba quatro formas nas quais se manifesta: parto suposto, registro de filho alheio como próprio, ocultação de recém-nascido e, ainda, sua substituição. Encerra, como destacado, tipo misto cumulativo, envolvendo uma pluralidade de condutas não fungíveis, pois a realização de mais de uma das condutas descritas compromete a unidade delitiva⁷⁴. Logo, exemplifica a doutrina que, se o agente, hipoteticamente, substitui recém-nascido e o registra como seu filho, há concurso material de delitos, com a soma das penas⁷⁵.

O *parto suposto* é a primeira das modalidades delitivas e consiste em *dar parto alheio como próprio*. Trata-se de crime próprio, podendo ser cometido somente por mulher, pois somente esta é apta a gerar filhos. Não obstante, admite-se a coautoria, *v. g.*, do marido, do obstetra, de outros familiares etc⁷⁶. A mulher atribui a si mesma a maternidade de filho de outrem, seja simulando gravidez e parto (suposição de parto), seja – na hipótese de parto real

⁷¹ GOMES NETO, F. A. *Op. cit.*, p. 236; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1097; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 324; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 119; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 22.

⁷² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, 1190; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 109-110; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1097.

⁷³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, 1190. Diferentemente, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 555 e COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 787 entendem como sujeitos passivos: na atribuição de parto alheio como próprio, todos os demais herdeiros do agente, pois perderão parte da herança para o novo co-herdeiro.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098.

⁷⁵ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

⁷⁶ Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 322.

– substituindo o natimorto por filho de outrem (suposição de criança)⁷⁷. Importante distinção também é feita por Francesco Carrara, ao afirmar que se a conduta consistir em suposição de parto - a mulher simula a gravidez e o parto, apresentando como fruto deles uma criança que não é sua -, ou suposição de criança - embora realizados os pressupostos fáticos da gravidez e do parto, o natimorto é substituído por um neonato, teremos, em ambos os casos, a incidência do artigo 242, do Código Penal⁷⁸.

A simulação de gravidez somente caracteriza o delito em apreço se acompanhada pela apresentação de filho alheio como se fosse próprio. A simples afirmação de que certa criança é seu filho alheio não aperfeiçoa o delito, perfazendo-se necessária a criação de situação duradoura, introduzindo a criança na família⁷⁹.

Se a mulher atribuir parto próprio como alheio, estará praticando conduta atípica⁸⁰. Se registrar o filho em nome de terceiro, incorrerá em falsidade ideológica⁸¹. E isso porque o diploma penal pátrio não consagrou como delito contra a família o fato de dar parto próprio como alheio⁸².

A fórmula normativa consistente em *dar parto alheio como próprio* é censurável, uma vez que a ação incriminada sem a competente inscrição no Registro Civil poderá, quando muito, criar uma situação de perigo para o estado de filiação⁸³. Preferível, sem dúvida, a redação adotada pelo Anteprojeto de 1969, que dizia, em seu artigo 266, somente: *registrar, como seu, filho de outrem*. O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial, em seu artigo 254, acolheu a locução normativa do Código de 1969. Só que, em vez de substituí-la pela fórmula atual, acrescentou-a, sem eliminar a defeituosa redação do Código Penal vigente⁸⁴.

Nesta senda, considerável doutrina assevera que, como para se configurar o *parto suposto* não se exige a inscrição do nascimento no Registro Civil, caso a mãe além de dar

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1191; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 240; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 787.

⁷⁸ CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 432.

⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 119; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 324; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 556.

⁸⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 324; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 788; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 241. Diferentemente, o Código Penal italiano prevê em seu artigo 567 que: “quem mediante a substituição de um neonato, altera-lhe o estado civil é punido com reclusão de três a dez anos. Aplica-se a reclusão de cinco a quinze anos a quem, na formalização do nascimento, altera o estado civil de um neonato, mediante falsos certificados, falsos atestados ou outras falsidades”.

⁸¹ Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

⁸² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098.

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 117.

⁸⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 788.

parto alheio como seu, registre o recém-nascido, restará consumada também a segunda modalidade descrita no tipo penal, devendo ser-lha aplicadas cumulativamente as penas previstas⁸⁵. Com a devida vênia, não há como compartilhar da mesma opinião. A uma, porque a fórmula legislativa que inaugura o tipo é de extrema infelicidade, conforme já se pontuou. A duas, porque a suposição de parto integra o *iter criminis* do falso registro, ou seja, é parte dele, é caminho necessário para sua realização, e a dupla punição seria *bis in idem*. Seria o mesmo que defender, por exemplo, o acúmulo das penas de lesão corporal e homicídio num mesmo contexto e contra a mesma vítima⁸⁶.

Ademais disso, tal criminalização é também desnecessária, vez que a conduta de *dar parto alheio como próprio* encontra-se prevista, como maior abrangência, no delito inculcado no artigo 249 do Código Penal (subtração de incapazes)⁸⁷, que será analisado mais adiante no Capítulo dos “Crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela” e sofrerá, também, as devidas críticas.

Uma segunda modalidade descrita no artigo 242 é a de *registrar como seu filho de outrem*. A incriminação de filho alheio como próprio surgiu em nosso ordenamento jurídico-penal, destacada da falsidade ideológica, com o advento da Lei n.º 6.898/1.981, e descreve a conduta do agente que, declarando-se pai ou mãe de determinada criança, filho de outrem, promove a inscrição de seu nascimento no Registro Civil. Embora existente a criança registrada e real o nascimento, a filiação não corresponde à declarada⁸⁸.

Em havendo conflito aparente de normas entre o presente delito e o crime de falsidade ideológica, inculcado no artigo 299, do Código Penal, prevalecerá aquele em razão do critério da especialidade⁸⁹ (*lex specialis derogat legi generali*)⁹⁰.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 324; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 119; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 22.

⁸⁶ Desta forma, segundo o critério/princípio da consunção ou absorção (*Lex consumens derogat legi consumptae*), determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é regular forma de transição para o último (*vide*: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 189; HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 121).

⁸⁷ Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 556; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 788.

⁸⁹ A lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral. Entre norma geral (gênero) e a especial (espécie) há uma relação hierárquica de subordinação que estabelece a prevalência desta última, visto que, contém todos os elementos daquela e mais alguns, denominados especializantes (*vide*: BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 327).

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 241; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 556; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 788. Diferentemente, há quem sustente ser o princípio da consunção ou absorção o critério solucionador do presente conflito (*vide*: PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1098).

A providência legislativa adveio da adoção de uma política criminal mais rigorosa, com intuito de reprimir mais severamente o incessante expediente utilizado por muitos casais, normalmente sem filhos, que passaram a registrar filho alheio como se próprio fosse, o que se convencionou chamar de *adoção à brasileira*. Tal conduta configurava o delito de falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil (artigo 299, parágrafo único, do Código Penal⁹¹). Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim de *prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante* (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei n.º 6.898/1.981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial, desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza (artigo 242, parágrafo único, do Código Penal⁹²). Encontra-se, portanto, condicionada a aplicação do perdão judicial à presença do elemento subjetivo do injusto, qual seja, *por motivo de reconhecida nobreza*⁹³.

Já aqui, em relação à conduta de *registrar filho alheio como próprio*, propugna-se por seu retorno entre os crimes de falso, uma vez que o presente delito é, antes de tudo, uma falsidade, e como tal, deveria figurar no título próprio, mais especificamente, como uma modalidade qualificada de falsidade ideológica, inserindo-se um parágrafo no artigo 299 do Código Penal. Neste sentido Giuseppe Maggiore afirma que a sistematização do antigo Código toscano, de 1853, permanece cientificamente a mais correta e a ela devia tornar-se, uma vez que o referido diploma optou por considerar tal criminalização como uma forma de falsidade⁹⁴. Os códigos que assim não agem dão prevalência ao bem jurídico categorial estruturação da família, protegendo-a expressamente através do bem jurídico específico *estado de filiação*.

⁹¹ Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte. (*grifou-se*).

⁹² Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei n.º 6.898, de 1981).

⁹³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1099; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 556.

⁹⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 674. *Vide também*: NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 321; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 117; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 553. O melhor é que se evite a criação de delitos subsidiários, de “soldados de reserva”, de crimes de moldura, que se prestam somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem tornado-se, dia a dia, mais difícil de ser aplicado em decorrência disso.

Uma terceira modalidade delitiva consiste em *ocultar recém-nascido, suprimindo*⁹⁵ ou *alterando*⁹⁶ *direito inerente ao estado civil*. O agente esconde, não deixa ver, sonega, encobre a existência de neonato com o escopo de suprimir direito relativo ao estado civil⁹⁷.

Fruto de grande embate doutrinário é o alcance da expressão *recém-nascido*, que, juridicamente, pode ser tida como um elemento normativo ou até cultural do tipo, mas que deve possibilitar um critério seguro para sua avaliação, especialmente, em respeito à taxatividade da lei penal. O Código Penal italiano, em seu artigo 566 emprega o termo *neonato*. Segundo Manzini, *neonato* designa a pessoa nos seus dez primeiros dias de vida⁹⁸. Diferentemente, há quem defenda enquadrar-se na expressão *neonato* somente o recém nascido até o quinto dia de vida após o parto, dispondo que a Lei Civil italiana solucionou tal conflito, pondo fim à discussão surgida ainda com o Código Zanardelli⁹⁹.

No Brasil também há aqueles que preferem adotar um critério fixo para delimitar o alcance da expressão *recém-nascido*, tal como Fragoso, que assim considera a pessoa dentro do primeiro mês de vida¹⁰⁰, ou como Noronha, que o delimita até uma semana após o nascimento¹⁰¹. Porém, não é conveniente a adoção de uma fórmula fixa, sendo ideal admitir-se a aferição precisa do termo pelas circunstâncias do caso submetido à apreciação concreta, entendendo-se como recém-nascido, a criança nos primeiros dias após o parto, quando se possa ainda, pela ocultação ou substituição, suprimir ou alterar direito relativo ao estado civil. *Recém-nascido*, portanto, é aquele que recentemente se desprende do útero materno para ganhar vida autônoma¹⁰².

Conforme já se mencionou, o natimorto não será alcançado pelo âmbito de proteção desta norma penal, sendo indispensável para a configuração do delito o nascimento com vida¹⁰³. Necessária também é a ocultação, formal ou material, do recém-nascido, sonegando-

⁹⁵ Por *supressão* entende-se a criação de uma situação que não permite a outrem fazer valer praticamente os seus verdadeiros direitos de família (LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 134).

⁹⁶ Por alteração do estado civil tem-se a criação de uma situação, por meio de simulação ou supressão de fatos, que faça aparecer outrem como investido de direitos de família, que não lhe pertencem (LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 134).

⁹⁷ O art. 285 do Código Penal republicano trazia a presente criminalização estimando que a criança era propositadamente ocultada por motivos que em geral afetam a honra ou a honestidade de sua progenitora, tratando-se de um parto clandestino e dissimulado, que é por sua vez, a consequência de relações ilícitas ou criminosas (FARIA, Bento de. *Op. cit.*, p. 172).

⁹⁸ MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 764.

⁹⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 182.

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁰¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 325.

¹⁰² HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 348; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1099; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 556-557.

¹⁰³ Neste sentido, caso haja, por exemplo, a omissão de registro do natimorto não restará configurado o delito em tela, já que a personalidade do homem inicia-se a partir de seu nascimento com vida (*vide* artigo 2.º, do Código

lhe os seus direitos relativos ao estado civil¹⁰⁴. Dito de outra maneira, não se exige que a vítima seja escondida e/ou que se mantenha o nascimento em sigilo: basta que deixe a criança de ser apresentada para assumir os direitos inerentes ao seu estado civil, e desde que resulte da ação praticada uma efetiva supressão de direitos¹⁰⁵.

É o que ocorre, por exemplo, se não se faz a declaração de nascimento de uma criança cuja mãe faleceu no parto, e, em consequência, no inventário desta não se habilitou a mesma criança na qualidade de herdeira¹⁰⁶.

A quarta e derradeira modalidade tipificada no artigo 242 refere-se à *substituição de recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil*. Refere-se aqui à troca de recém-nascidos, onde alguém apresenta uma criança em lugar da vítima restando-lha a supressão ou alteração de direito inerente ao seu estado civil¹⁰⁷. Realiza a conduta típica, por exemplo, a mulher que, em uma creche ou berçário de maternidade, troca (substitui) o seu filho – recém-nascido vivo ou natimorto – pelo de outrem, que será introduzido em outra família e a ele serão atribuídos direitos e nome que não são seus, alterando seu estado civil¹⁰⁸. Exemplifica Maggiore com a promessa de herança caso nasça um menino. No entanto, o recém-nascido é do sexo feminino, razão pela qual seus pais, almejando a recompensa prometida, trocam-na por um menino da mesma idade¹⁰⁹.

O nosso Código Penal, ao contrário do italiano (artigo 567¹¹⁰) não exige a prévia inscrição do nascimento das crianças substituídas no Registro Civil. Assim, é possível que a substituição seja feita antes ou depois da inscrição dos neonatos no respectivo registro, aperfeiçoando-se o delito com o estabelecimento de uma situação – material ou formal – que importe modificação de direito relativo ao estado civil dos recém-nascidos¹¹¹. Insta alertar a previsão legal constante do artigo 229, da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que refere-se ao médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção

Civil). Isso porque o natimorto não tem estado civil, e, por conseguinte, a não inscrição no registro respectivo não lhe suprime qualquer direito (MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 765).

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1099; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557.

¹⁰⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 119-120.

¹⁰⁶ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 348

¹⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1193; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1100; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557.

¹⁰⁸ FARIA, Bento de. *Op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 182.

¹¹⁰ Art. 567: Quem mediante a substituição de um neonato, altera-lhe o estado civil é punido com reclusão de três a dez anos. Aplica-se a reclusão de cinco a quinze anos a quem, na formalização do nascimento, altera o estado civil de um neonato, mediante falsos certificados, falsos atestados ou outras falsidades. (*grifou-se*)

¹¹¹ CUELLO CALÓN, Eugênio. *Op. cit.*, p. 725; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1100.

à saúde da gestante que deixa de identificar corretamente o neonato e a parturiente por ocasião do parto¹¹².

As figuras típicas de *ocultar e substituir recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil* também são desnecessárias, pois são alcançadas pela previsão legal do artigo 249 do Código Penal (subtração de incapazes)¹¹³, que será analisado mais adiante no Capítulo dos “Crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela” e sofrerá, também, as devidas críticas. Isso porque, para se ocultar ou substituir um recém-nascido pressupõe-se, sempre, a subtração de um incapaz.

O tipo subjetivo, em todas as modalidades, é constituído pelo dolo – consciência e vontade de dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo. Entretanto, nas duas últimas modalidades delitivas – ocultar e substituir recém-nascido – reclama-se a presença de um fim especial de agir, que consiste no propósito de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil dos neonatos (elemento subjetivo do injusto)¹¹⁴. Todavia, discute-se se o especial fim de agir - *para suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil* - refere-se tão somente às duas últimas figuras (*ocultar ou substituir recém-nascido*) ou também alcança as duas primeiras (*dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem*).

Apesar de alguns afirmarem ser necessária a vontade do agente de *alterar direito inerente ao estado civil* (elemento subjetivo especial) em todas as figuras delitivas, sob a alegação de que não teria sentido então o crime estar entre os delitos contra o estado de filiação¹¹⁵, exige-se o elemento subjetivo especial somente para as duas últimas figuras. Primeiramente, isso nos é dito pela redação do artigo, em que *parto alheio como próprio* está separado do restante da oração por ponto e vírgula. Depois, porque o *nomen juris* do crime

¹¹² Art. 229. “Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa”.

¹¹³ Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

¹¹⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 789; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 241; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 120; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1100.

¹¹⁵ DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 635; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1042. Guilherme Nucci assevera que esse elemento subjetivo específico deve ser aplicado a todas as figuras, igualmente, pois não teria sentido *dar parto alheio como próprio* sem a finalidade de alterar direito inerente ao estado civil, o que esvaziaria por completo o crime contra o estado de filiação.

confirma plenamente a oração, pois o *parto suposto* extrema-se das outras duas modalidades por um ponto¹¹⁶.

O desrespeito à técnica legislativa¹¹⁷ a que se referem Nucci e Delmanto não é sem razão. É, pois, perfeitamente compreensível, uma vez que, sem o elemento subjetivo específico, resta somente a lesão à *fé pública*, não havendo a finalidade específica do agente em lesar o *estado de filiação*. Por isso a constatação de que estaria a criminalização esvaziada, sem sentido, pois o Direito Penal não alcançaria aqui a sua finalidade precípua, qual seja, a exclusiva proteção aos bens jurídicos. Ora, se aloca-se o delito entre os crimes que almejam proteger o *estado de filiação* e percebe-se que o sujeito ativo não atua com a intenção de lesar tal bem jurídico, não haverá sentido nesta proteção, que recairá somente sobre a *fé pública*. Assim, surge também a presente discussão, onde a doutrina quer exigir - com o fim de suprir a equivocada redação do tipo penal - um elemento subjetivo especial, consistente na intenção do agente de, em todos os casos, alterar o estado civil da vítima.

Quanto ao momento consumativo, importa diferenciar as quatro modalidades delitivas: na hipótese de parto suposto o crime se consuma quando criada situação duradoura que realmente implique o *status familiae* da criança¹¹⁸. Parte da doutrina dá por consumado o crime quando efetivado o registro do parto alheio dado como próprio¹¹⁹, o que só reforça a afirmação anterior acerca da defeituosa e desnecessária fórmula legal empregada pelo legislador ordinário, pois seria suficiente a segunda fórmula (*registrar como seu filho de outrem*), uma vez que alcança a conduta de *dar parto alheio como próprio*, pois esta integra o *iter* daquela. Ademais disso, não tem sentido a classificação de tipo misto cumulativo entre essas duas figuras, devendo-se entender que uma é absorvida pela outra.

Na segunda figura criminosa (*registrar como seu filho de outrem*), consuma-se o crime com o efetivo registro de filho alheio como se fosse próprio, ou seja, com a efetivação do assentamento do falso no cartório de Registro Civil. Já nas terceira e quarta modalidades (*ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil*), tem-se por esgotado o tipo penal quando houver a privação de direito inerente ao estado civil do neonato ou sua substituição com a finalidade de suprimir ou alterar direitos da mesma

¹¹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323.

¹¹⁷ Vide: JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 353; PRADO, Luiz Regis. *Op., cit.*, p. 61. Lecionam que o bem jurídico penal tem função sistemática pois atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente.

¹¹⁸ CUELLO CALÓN, Eugênio. *Op. cit.*, p. 724; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1100.

¹¹⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 789; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557.

espécie¹²⁰. Logo, se da ocultação ou da supressão não resultou privação de direito do neonato, há unicamente tentativa, que, aliás, é admitida em qualquer das figuras examinadas, vez que se trata de delito plurissubsistente¹²¹.

O parágrafo único do artigo 242, do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 6.898/1981, criou uma *forma privilegiada* do presente delito ao determinar a substituição da pena de reclusão pela de detenção, além de reduzi-la consideravelmente, dispondo que se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, a pena será de um a dois anos de detenção, podendo o juiz deixar de aplicá-la¹²². Assim, em qualquer de suas modalidades, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, resta caracterizada a forma privilegiada insculpida no parágrafo único do artigo 242. A parte final do preceito secundário do tipo possibilita ainda que o magistrado deixe de aplicar a pena, permitindo-se a extinção da punibilidade pelo perdão judicial (artigo 107, IX, do Código Penal)¹²³. A motivação de reconhecida nobreza, por sua vez, atenua a pena em razão da menor reprovabilidade do ilícito penal. Por ser menor a censurabilidade pessoal da conduta motivada pelo altruísmo, generosidade, solidariedade e humanidade¹²⁴.

Nesta senda, procede por motivo de reconhecida nobreza, por exemplo, a mulher abonada e de lar bem constituído que, tendo dado à luz um filho morto, o substitui pelo de uma miserável seduzida, para quem certamente ele será motivo de dificuldades e atribuições. Bem diverso é esse procedimento daquele da mãe que procede à troca de recém-nascido, porque o seu é portador de moléstia ou defeito a constituir-lhe um fardo durante a vida¹²⁵.

A outorga, pelo magistrado, do perdão, se presente o motivo de reconhecida nobreza, é direito subjetivo do réu, e não mera faculdade¹²⁶. Em todo caso, ante a alternatividade consagrada pelo artigo 242, parágrafo único, pode o juiz optar – motivando sua decisão – pela aplicação do privilégio ou pela concessão do perdão, extinguindo a punibilidade do delito¹²⁷.

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 241; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 120; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1100; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 789; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557.

¹²¹ MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 764; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1192.

¹²² Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

¹²³ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹²⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 789; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1101; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 241; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 120.

¹²⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 323.

¹²⁶ Essa providência legislativa representou um gravame diante da jurisprudência que articulou e passou a reconhecer uma situação de atipicidade, perante a existência de motivos de reconhecida nobreza, na situação que se convencionou chamar de *adoção à brasileira* PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 557-558).

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1101.

Entretanto, sempre que os fatos permitirem a conclusão da absoluta desnecessidade de pena, quer pela nobreza da ação, quer pela consequências produzidas, recomenda-se a isenção de pena, concedendo-se o referido perdão judicial¹²⁸.

A pena abstratamente prevista para todas as figuras constantes do *caput* do artigo 242 é de reclusão, de dois a seis anos. Já no parágrafo único, comina-se à forma privilegiada, pena de detenção, de um a dois anos, permitindo-se ao juiz optar pela aplicabilidade da extinção da punibilidade via perdão judicial, quando constatar ter sido o delito praticado por motivo de reconhecida nobreza.

O termo inicial da prescrição da pretensão punitiva do delito, na modalidade *registro de filho alheio como próprio* segue a regra prevista no artigo 111, IV, do Código Penal¹²⁹, levando em consideração a data em que o fato se tornou conhecido, pois a presente figura típica importa falsificação de assentamento do Registro Civil. Já as demais hipóteses – *parto suposto, ocultação e substituição de recém-nascido* – seguem a regra geral, não sujeitando-se à disciplina especial. Logo, levam em conta o dia em que o crime se consumou¹³⁰.

A competência para processar e julgar as modalidades do *caput* do presente delito é da justiça comum, ao passo que, a figura privilegiada inculpada no parágrafo único, ficará a cargo dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61, da Lei n.º 9.099/1995, tendo em vista tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo, pois a pena cominada é de detenção, de um a dois anos¹³¹. A ação penal, em qualquer caso, é pública incondicionada, atuando o Ministério Público e a Polícia Judiciária livremente.

CONCLUSÃO

Ao Direito Penal foi dada a missão fundamental de desenvolver relevante papel na proteção da família, motivo pelo qual trouxe, em seu Título VII, a previsão dos crimes contra a família. Como facilmente se afere, inexistente algo mais fascinante e ao mesmo tempo misterioso que o fenômeno criminal. Não obstante, por vezes, o fato revele simplicidade, pode ele ensejar configurações que aguçam a mais excepcional das inteligências. O crime acontece

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 242.

¹²⁹ Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (*grifou-se*)

¹³⁰ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1193; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, 1101; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 242; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 789; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 558.

¹³¹ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

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 delinquentes 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 estado de filiação. Pois a família é o lugar em que, graças a seu ambiente específico, a personalidade se constitui, devendo-lhe ser concedida plena independência, livrando-a de regulamentações estatais que interfeririam no seu modo de funcionamento. Isso significa que a estirpe deve ser protegida, mas jamais através da ingerência penal. O Estado, ao agir assim, enfraquece os laços familiares, contribuindo para a dissolução da família, ou seja, diminuindo as suas condições de autonomia.

É manifesta a grande e fundamental importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, que de tão valorosa e essencial é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. O que deve ser feito, porém, com a devida racionalidade, a fim de que os excessos protecionistas não acabem tornando-se prejudiciais.

Assim, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre gravidade dos fatos (crimes contra o estado de filiação) e gravidade da pena (criminalização do registro de nascimento inexistente, parto suposto e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido), propugna-se, neste estudo, que a tutela à família seja dada, em especial, mediante a descriminalização dos delitos inculpidos nos arts. 241 e 242, do Código Penal, uma vez que não há correlação protetora entre a família e as criminalizações de tais condutas, pois a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar a manchar os laços fraternos, uma vez que a polícia e a justiça, pouco ou nada têm a contribuir com a formação e reestruturação familiar.

A descriminalização dos delitos aqui analisados um impensável imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, que colocaria a legislação pátria em consonância com as novas tendências do Direito Penal Internacional minimalista, contrário ao modelo fascista italiano, que hoje é menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem a subversão da instituição familiar, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor tornou-se absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias de controle e de assistência social, e para os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

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

É intrigante a construção jurídico-doutrinária italiana pela necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, que nasceu com o Código Rocco, conforme demonstrado, quando se elevou tais direitos ao *status* de bens jurídico-penais, uma vez que, nos dias atuais, a família tem sido tutelada a contento pelo *jus familiae*, que é, indubitavelmente, mais sensível e proporcional aos anseios da estirpe. Nesse passo, certamente, não é de ser acolhido o *apriorismo lombrosiano* de que todas as tendências para o crime têm seu começo na primeira infância. Nem é de se admitir, por outro lado, o *unilateralismo simplista* de Randall, que afirmara outrora: “salvai a criança, e não haverá mais homens a punir!”. Não, a delinquência é, na sua etiologia, um problema complexíssimo, desconcertante, que se não deixa fixar de modo integral e definitivo.

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

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal – Parte especial*. Trad. Ortega J. Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1986. v. 5.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- 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. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- CUELLO CALÓN, Eugênio. *Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Bosch, 1981.
- DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de Familia*. Buenos Aires: Tea, 1953.
- 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.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 3.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000

- _____. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *RPCC*. 1996.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 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.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 7.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, t. II.
- LOGOZ, Paul. *Commentaire Du Code Pénal suisse. Partie Speciale*. Neuchâtel-Paris: Delachaux e Niestlé Éditeurs, 1956, v. 2.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4, t. 2.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal-Parte General*. Trad. De Sergio Politoff Iifschitz, Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, Julio César Faria – Editor, 2007.
- 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.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3.
- NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PIERANGELI, José Henrique. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de la Universidad, 1974.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- 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.
- _____. Crimes de abandono e intervenção mínima: os limites da atuação do Direito Penal na proteção da família. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Orgs.). *Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 216-245.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I.
- _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal, parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1967, v. 4.
- 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 Yánez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.