

**A POLÍTICA CRIMINAL RELATIVA À ASSISTÊNCIA FAMILIAR:
ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 245 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
E DA SUA POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO**

**LA POLÍTICA CRIMINAL RELATIVA A LA ASISTENCIA FAMILIAR:
ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO Y
DE SU POSIBILIDAD DE DESCRIMINALIZACIÓN**

Gerson Faustino Rosa¹

Gisele Mendes de Carvalho²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise crítica e a exploração de um importante problema político-criminal da atualidade: a criminalização dos responsáveis pelo crime de entrega de filho menor à pessoa inidônea, 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 à assistência familiar, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares. Posteriormente, destaca-se a necessidade de se respeitar os princípios de Política Criminal e de garantia, defendendo-se, em especial, a intervenção mínima do Direito Penal. Assim, analisa-se brevemente o tipo penal insculpido no artigo 245 do Código Penal brasileiro, criticando-se tal criminalização, tendo em vista tratar-se de tipo penal subsidiário, perfeitamente dispensável do ordenamento jurídico-penal e passível de salvaguarda pelo Direito Civil, que na resolução de tais conflitos mostra-se muito mais eficaz do que a intervenção penal.

Palavras-chave: Política Criminal; Assistência Familiar; Entrega de filho menor a pessoa inidônea; Intervenção Mínima; Bem jurídico-penal.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis crítico sobre el alcance y el funcionamiento de un importante problema político-criminal de nuestro tiempo: la criminalización de los responsables por el delito de entrega de hijo menor a una persona inidónea, que ya no es compatible con el papel actual del sistema penal, criticando la actividad desenfrenada del Poder Legislativo, que produce las leyes penales para proteger los intereses legales que pueden resultar perfectamente protegidos por otros ámbitos de la ley, el uso de la fuerza simbólico-comunicativa del Derecho Penal de forma innecesaria, ampliando demasiado el ámbito de la Ciencia Penal, llegando a vulgarizarse el ordenamiento jurídico penal debido a su uso indiscriminado. Por lo tanto, en primer plano, este presente estudio se

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

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

refiere a la Política Criminal relativa a la asistencia familiar, criticando la intervención del Estado en los asuntos de la familia. Posteriormente, se insiste en la necesidad de respetar los principios de Política Criminal y de garantía, hablándose, en particular, en defensa del principio de la intervención mínima del Derecho Penal. Así, se analiza brevemente la criminalización del artículo 245 del Código Penal, haciendo una crítica de esa penalización como delito, teniéndose en cuenta que tal delito es un tipo penal subsidiario, perfectamente prescindible en el sistema jurídico penal y regulable por el Derecho Civil, donde la resolución tales conflictos demuestra ser mucho más eficaz que la intervención penal.

Palabras-clave: Política Criminal; Asistencia Familiar; Entrega de hijo menor a persona inidónea; 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 o delito de entrega de filho menor à pessoa inidônea (art. 245, 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 jurídico³. Assim sendo, com fulcro na relação de *desproporção* existente entre a gravidade do fato (crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea) e a gravidade da pena (criminalização da conduta de abandono familiar), propugna-se, neste estudo, que a tutela legal da família seja dada, em especial, mediante a descriminalização do delito de entrega de filho menor a pessoa inidônea, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tal conduta, pois a

³ 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.

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 do crime de entrega de filho a pessoa inidônea, indaga-se se seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da assistência familiar, 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 BEM JURÍDICO “ASSISTÊNCIA FAMILIAR” E OS RISCOS DECORRENTES DA SUA VIOLAÇÃO

O Direito, ao agir como regulador das relações familiares, através da legislação e de reiteradas decisões jurisprudenciais, tem priorizado a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar, colocando-o em primeiro lugar em face de qualquer outra circunstância, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)⁴. E numa era de “dignificação” da pessoa, verifica-se que a liberdade e a autenticidade comunicam-se constantemente. Trata-se da liberdade de o cidadão poder fazer suas escolhas pessoais, sabendo que seus direitos estão assegurados, sem acepção de formas, podendo assim viver com autenticidade os seus relacionamentos⁵.

⁴ MONDIN, Battista. *O Homem: quem é ele? Elementos de Antropologia Filosófica*. Trad. R. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari [1980]. 12 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 303.

⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Jaruaá, 2012, p. 123.

E, nesse contexto, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é assegurado o livre planejamento familiar do casal⁶, não se podendo, portanto, abdicar do dever de assistência familiar que envolve o seio da casta, uma vez que essa obrigação assistencial pertence a todos, reciprocamente, como um direito-dever mútuo entre os membros de uma mesma família. No fundo, o que se está a proteger, nesse dever, é o direito à vida, em suas mais variadas modalidades⁷.

A Constituição Federal, em seu artigo 229, prevê que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Esse dever de assistência em favor do ente necessitado, imposto como simples imperativo moral de solidariedade humana, foi sendo transformado em dever jurídico, como decorrência direta da lei⁸. Exemplo: desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir o socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral⁹.

Não se pode olvidar que esse dever, que nasce da consanguinidade, por obra de Deus, do Direito Natural, em que os parentes têm de se ajudar, mutuamente, cria o binômio dever-direito ou direito-dever, que é da personalidade, pois tem a ver com a própria natureza do ser humano. E a violação a esses direitos-deveres assistenciais geram consequências cíveis e criminais. Nos seu aspecto civil, têm-se os alimentos como o maior dos direitos assistenciais, como direito-dever da personalidade¹⁰. É um direito-dever não só subjetivo privado, por existir nas relações pessoais familiares, no Direito de Família, em princípio, com conveniências, interesses particulares, mas também um dever positivo, por retratar-se na lei¹¹.

Em relação às possíveis repercussões no âmbito penal, o Título VII, Capítulo III, do Código Penal, trata dos crimes contra a assistência familiar, com o intuito de salvaguardá-la, elevando-a à condição de bem jurídico penal. Todo o capítulo dos crimes contra a assistência familiar é de criação recente, e a preocupação com os deveres oriundos dos laços familiares assumiram significação com as modificações que foram, paulatinamente, ocorrendo na sociedade.

⁶ Art. 226, § 7º, CF – “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118.

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 119.

⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 375.

¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 123.

¹¹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Cairo. Lisboa: [s. n.], 1961, p. 46; TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952, p. 23; DIAZ, Joaquim Diez. *Op. cit.*, p. 57.

Na família antiga, estruturada sobre uma grande severidade de costumes, e de poucas necessidades, onde o ser humano encontrava a satisfação de suas necessidades básicas no meio ambiente, quase não se exigia e não se poderia exigir qualquer providência legislativa¹². Com o surgimento do Estado moderno, do Estado de Direito, logo após a Revolução Francesa, diante da ascensão dos primeiros direitos fundamentais, passou-se a perceber a necessidade de mútua assistência entre os familiares, o que dependia ainda de uma previsão legislativa¹³.

Como o afrouxamento dos costumes e o abandono de outros deveres familiares conduziam à lesão, ou a perigo de lesão, bens jurídicos fundamentais, tais como a vida e a integridade física das “pessoas individuais” que compunham as famílias, a intervenção do Estado tornou-se indeclinável. No entanto, a dúvida com a necessidade e utilidade de intervenção Estatal no âmbito familiar – em face das possíveis consequências nefastas de tal atuação¹⁴ – acabou retardando tal providência legislativa¹⁵.

E, assim, essa concepção de Estado não-intervencionista foi se modificando com o aparecimento de novas tendências ideológicas. As novas concepções sobre a família como núcleo natural e básico da sociedade, bem como a publicização do Direito de Família, motivaram a introdução, nos códigos penais, de novas figuras delituosas, diante de ações que afetam, fundamentalmente, a família¹⁶.

2 A EVOLUÇÃO DA TUTELA PENAL DA FAMÍLIA E A POLÍTICA CRIMINAL RELATIVA À ASSISTÊNCIA FAMILAIR

A trilogia assistencial (guarda, tutela e curatela) compreende a tutela, espécies, efeitos e caracteres, bem como a curatela. Modelados para atender diversos interesses e calcados na estrutura parental padronizada pelos valores dominantes, o Direito, o tráfego

¹² PIERANGELI, José Henrique. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial - arts. 121 a 361*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 560.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-7; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75.

¹⁴ Em Hegel, “a família é o lugar em que, graças a seu ambiente específico, a personalidade se constitui. Isso significa que plena independência deve ser concedida a ela, livrando-a de regulamentações estatais que interfeririam no seu modo de funcionamento” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio*. Trad. Paulo Meneses... [et al.]. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, p. 12).

¹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 560.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 79.

jurídico da capacidade e a família revelam seus papéis. Neles, os sujeitos, maiores ou menores, se emolduram juridicamente para dar conta de suas funções¹⁷. Diferentemente daquele padrão jurídico codificado, vai se apresentando, então, um modelo sociológico plural, como espelho de uma pauta de ruptura na família, denotam-se a independência econômica da mulher, a emancipação econômica dos filhos, entidades familiares formadas por um dos pais e seus descendentes, e a direção diárquica da família¹⁸.

Em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, qual seja, o amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho. Assim, quanto ao sustento, guarda e educação dos filhos, tais funções são desempenhadas pelos cônjuges em regime de cogestão, oportunizando estes, a seus filhos, as condições mínimas de crescimento em termos materiais e afetivos para que se tornem pessoas de bom caráter¹⁹.

Já na legislação penal, a Exposição de Motivos do Código Penal, n.º 79, informa, como já fazia Néelson Hungria, membro da Comissão Revisora do Projeto Alcântara, ao anexar suas *questões jurídico-penais*, sobre o critério observado pelo Código, ao incriminar e punir o *abandono de família*. Adotou-se uma forma de transação entre o sistema da lei francesa de 1924 e o Código italiano, aquela tida por muito restrita, e este por demasiado elástico, falho de limites objetivos ao definir a entidade criminal²⁰.

O demo-liberalismo, cuja essência jurídico-política resultou da fusão entre o sistema constitucional inglês e os princípios de direito natural perfilhados pela Revolução Francesa, afixou *in extensum* a filosofia individualista, e esta, dentro da lógica de seus postulados, conduziu a um crescente passivismo do Estado em face do indivíduo²¹. Deixado ao seu egoísmo e aos seus instintos hedonísticos, o indivíduo foi-se tornado uma peça mal entrosada no seio social.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 238.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 254.

¹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 122. Nesta esteira, nota-se a presente migração do núcleo de base do tema para a seara constitucional - do que são provas os artigos 226, § 5.º e 227, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 -, traduzindo essa nova realidade de publicização da temática familiar e de redimensionamento dessa noção. De maior nitidez ainda é a previsão do, já mencionado art. 229, da Constituição Federal, donde se diz que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, exercendo a paternidade de forma responsável.

²⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 7, p. 372.

²¹ Esses excessos liberais e desagregadores foram influenciados pelo período vivenciado nos anos anteriores, durante o governo absolutista de Luís XIV, autor da célebre frase *L'État c'est moi* (o estado sou eu) (*Vide*: BRAGA, Antonio C. *La Rochefoucauld e La Bruyère: filósofos moralistas do século XVII*. São Paulo: Editora Escala, 2012, p. 9).

Segundo o artigo de fé nascido com o liberalismo ortodoxo, o poder público só pode intervir nos redutos da liberdade individual quando isso seja absolutamente imprescindível. Fora desse caso de estrita necessidade, sua atitude deve ser meramente contemplativa ou de conformismo fatalístico. O famoso moto da escola manchesteriana, no terreno econômico, fez-se norma geral de conduta do Estado: *laissez-faire, laissez-passer*, irradiando seus efeitos para outras dimensões da vida humana²².

Passou-se a propugnar então, que o supremo fim do Estado deve ser o indivíduo em si mesmo e por si mesmo, abstraindo-se, assim, a realidade do indivíduo como elemento de composição e sinergia do todo social²³. Mais do que isto: o princípio individualista, isto é, a liberdade reconhecida a cada indivíduo de assegurar-se o máximo de bem-estar e potencialidade, sem outro limite além da liberdade igual dos outros, foi ao extremo de quebrantar os próprios vínculos que o prendiam ao núcleo familiar. Afrouxou-se, pouco a pouco, a antiga unidade da família, passando esta a uma composição de segundo plano no cenário da vida social²⁴.

O desprestígio da família acentuou-se ainda mais após a cataclísmica Grande Guerra (1914-1918), com o surto de ideias e teorias materialistas, que, fermentadas por um forte individualismo no ambiente de decepção, chegaram a proclamar o amor livre e a licença para os crimes malthusianos. O útil individual afirma-se, cada vez mais, com a pedra de toque, o *primum movens* das ações humanas. O cálculo cerebral do egoísmo vai apagando, dia a dia, o nobre e elevado sentido da vida. A consciência dos homens afeiçoa-se aos agudíssimos ângulos de vista do comodismo pessoal e torna-se opaca à perspectiva dos interesses do grupo familiar e da comunhão social. É o indivíduo que só conhece e só alimenta a si mesmo, que já não se sente íntima e indissolúvelmente ligado ao grêmio unitário da família²⁵.

²² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

²³ Battista Mondin assevera que a razão de toda a ciência é o ser humano, o centro e o vértice do Direito é a pessoa humana. Este é o indivíduo dotado de autonomia quanto ao ser, de autoconsciência, de comunicação e de autotranscendência (*Vide*: MONDIN, Battista. *Op. cit.*, p. 303).

²⁴ HUNGRIA, Néelson. *Op. cit.*, p. 373. Nesse passo, o individualismo orienta-se na exaltação de um tipo humano, cada vez mais difuso, de indivíduos que não veem, não compreendem, não aspiram senão o seu conforto estritamente individual. Com esse tipo humano requintadamente egocêntrico, em tão flagrante contraste com o padrão tradicional do “bom pai de família”, vai se operando, gradativamente, uma inversão de valores: ao invés de uma coletividade formada de sólidos e prósperos organismos familiares, como garantia de vitalidade e eficiência do inteiro organismo social, tende-se para uma coletividade composta de indivíduos erradicados do espírito de sacrifício ou do sentimento de solidariedade, tão somente preocupados com o êxito de si próprios e a consecução de seus desejos egoísticos (*Cf.* BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001).

²⁵ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006, p. 29.

É o indivíduo que, no seu progressivo desapego ao núcleo familiar, julga-se mesmo com a faculdade de desertá-lo ou de repudiá-lo, desde que ele se anteponha como um estorvo no seu caminho, pois já não vê na família um santuário de afetos, a formar com ele um todo único, um bloco monolítico e incindível, em solidário desafio aos percalços da luta pela vida, mas um acessório eventualmente incômodo, uma carga que não vale o preço, nem paga a pena do transporte²⁶.

Vem disso tudo a decadência da família. E com deplorável detrimento da organização e disciplina sociais. Porque é a família que liga o indivíduo à sociedade universal dos homens, e é no seu seio, quando integrada no seu verdadeiro papel social, que se aprendem os primeiros ensinamentos religiosos e éticos, as primeiras noções do dever, do direito, da justiça e da equidade, e do respeito às leis e à autoridade. É a plasmadora dos caracteres, a escola primária das virtudes morais e cívicas. É a mais relevante das instituições sociais, porque é o germe do agregado político, a *célula-mater* do Estado, do fator basilar da reprodução humana, da formação da individualidade interior, da firmeza e saúde do corpo social²⁷. Somente na família coesa é que o homem poderá atingir o belo sentido da vida, iluminada pelo amor, pelo espírito de sacrifício e pelo altruísmo. A família é o grupo fundamental verdadeiramente externo e indestrutível do Estado. E os destinos da família estão visceralmente unidos aos da sociedade²⁸.

No entanto, sob o influxo das ideias do século XIX, argamassadas na Declaração dos Direitos do Homem, e no mais despejado materialismo, a família perdeu sua finalidade política e religiosa, subvertendo-se a sua antiga energia unitária²⁹. Só em data recente é que os governos dos povos compreenderam que a decadência da família é a decadência do Estado e iniciaram uma política de reação em favor do instituto familiar. Era preciso amparar a família

²⁶ Mesmo no Brasil, em que os costumes e o freio religioso tem preservado o instituto familiar contra certos fatores dissolventes, vai em *crescendo* a porcentagem dos indivíduos que não vacilam em sacrificar o conforto e até mesmo a subsistência da família aos prazeres mundanos. Para eles, o *leit motiv* é o gozo da vida, ao passo que o tranquilo reconhecimento doméstico é-lhes insuportável pasmaceira e tédio (HUNGRIA, Nélsion. *Op. cit.*, p. 374).

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p. 174, em sua dialética entre a família e a sociedade afirma que, na formação do indivíduo, do *ser aí*, a família é a moral e a sociedade, a ética, incumbindo ao Estado proteger a sociedade e, por consequência, a família, uma vez que, em cada etapa está presente a etapa anterior, não podendo o Estado negar a família e nem a sociedade (suprassunção – *aufhebung*).

²⁸ BOURGEOIS, Bernard. *La pensée politique de Hegel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969, p. 87. E não é por outros motivos que o legislador valeu-se das palavras de Nélsion Hungria que disse outrora: “Existe, senhores, uma instituição que é base necessária e o mais poderoso elemento de grandeza das nações: instituição que é forçoso chamar fundamental, no sentido rigoroso desta palavra”, porque não é possível tocar nela sem derribar até os alicerces o grande edifício social. É a santa e imortal instituição da família (HUNGRIA, Nélsion. *Op. cit.*, p. 376).

²⁹ No passado, a religião deu origem e estabeleceu a autoridade paterna e, portanto, a superioridade do homem, bem como a desconsideração da mulher, formando, assim, uma sociedade patriarcal (COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 56).

como núcleo protoplásmico do Estado³⁰. E o Estado “arregaçou as mangas” para intervir com as sanções penais nesse terreno até então inacessível ao direito repressivo. O Estado que até então consentira que a família fosse deixada praticamente à margem do Direito, como uma instituição isolada, sentiu a necessidade da contramarcha. Posto que o indivíduo emancipado da família, ao invés de evoluir, involuiu, revelando-se incapaz, desigual, frágil diante de seu próximo³¹. Daí a nova política de reconstituição do indivíduo na família, que cumpria evitar a gradual anulação do grupo familiar, protegendo-o contra as causas de sua dissociação, reprimindo severamente todos os fatos capazes de comprometer o seu futuro ou de lesar a sua integridade e coesão³².

E não é por motivos diversos que concorda-se aqui com o comando constitucional de proteção à família, em razão de sua essencialidade para a formação e desenvolvimento da personalidade humana e da sociedade. Todavia, não há como admitir a intervenção penal para “proteger” a *família*, uma vez que os bens jurídico-penais envolvidos já se encontram tutelados por outras criminalizações. Em verdade, do que se precisa são de medidas assistenciais e educacionais, a fim de que os membros dessa família adquiram o devido preparo e autonomia para garantir a sua subsistência e de sua estirpe, livrando-se de quaisquer tipos de opressão e exploração, desenvolvendo livremente sua personalidade, com a devida dignidade. Até quando iremos atribuir ao Estado e ao Direito a responsabilidade de regular e punir a tudo e a todos?

3 PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA E DE POLÍTICA CRIMINAL

3.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

É cediço que a intervenção penal, em razão da natureza do castigo penal, que retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, deve ser fragmentária e

³⁰ HUNGRIA, Néilson. *Op. cit.*, p. 377.

³¹ *Vide* Antonio Enrique Pérez Luño tratando da necessidade de intervenção do Estado para reduzir a desigualdade decorrente do liberalismo excessivo, resultante do período pós-Revolucionário (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 122).

³² Um dos traços mais marcantes dessa política reacionária foi a criminalização, ainda na década de 30, do abandono de família, ou da omissão de assistência familiar. Criminalização esta que o legislador pátrio importou, na elaboração do nosso atual Código Penal, do Código Penal italiano de 1930, elaborado durante o governo fascista de Benito Mussolini, pelo Ministro da Justiça Alfredo Rocco, com a considerável colaboração do jurista Vincenzo Manzini.

subsidiária. Isso é o que caracteriza a base do chamado Direito Penal mínimo. Assim, a intervenção mínima possui dois aspectos relevantes: a fragmentariedade e a subsidiariedade³³.

Por força do princípio da intervenção mínima, o que resulta vedado em países que adotam o modelo de Estado constitucional e democrático de Direito é o chamado *Direito Penal máximo*, que consiste no abuso de criminalizações para atender finalidades ilegítimas – promocionais ou simbólicas –, para acalmar a ira da população. É estonteante a atual tendência expansiva do Direito Penal, embora, a rigor, este não seja um fenômeno tão novo³⁴.

Trata-se de um dos mais importantes princípios das ciências penais, que deve dirigir tanto a atividade político-criminal como a dogmática penal. Segundo ele, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio* e, preferencialmente, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Isso porque o uso excessivo da sanção penal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens, mas ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa³⁵.

Assim, o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico devem ser objeto da atuação de outros ramos do Direito³⁶. A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, sendo que nessa missão coopera todo o instrumental do ordenamento jurídico³⁷. É nessa esteira que, acerca da tipificação jurídico-penal do delito de entrega de filho menor à pessoa inidônea, indaga-se se seria o Direito Penal o meio necessário para a tutela da assistência familiar, uma vez que o Direito Civil e o Administrativo têm sido suficientes para a proteção da família, ao passo que o Direito Penal, ao intervir nas relações

³³ BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 285-286, lecionam que a fragmentariedade do Direito Penal, significa que somente os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal e, que exclusivamente os ataques intoleráveis é que devem ser punidos penalmente. De outro lado, a subsidiariedade representa o fato de que o Direito Penal só tem lugar quando os outros ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito. É, portanto, o direito de *ultima ratio*.

³⁴ Vide: FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *RPCC*. 1996, p. 175, que estima que “em um Estado democrático de Direito a intervenção penal não pode ter essa dimensão expansiva: deve ser necessariamente mínima, expressando a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre realização da personalidade”.

³⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59-60.

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 65, assevera que o Direito Penal é a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, isso quer dizer que somente se pode intervir quando falham outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as sanções administrativas, etc. Por isso, denomina-se a pena como a *ultima ratio* da política social e se define a sua missão como a proteção subsidiária de bens jurídicos.

fraternais a pretexto de salvaguardá-la, estaria, ao contrário, ferindo-as gravemente e de forma irremediável.

3.2 PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA SUBSIDIARIEDADE

Como desdobramento lógico da intervenção mínima, o postulado da fragmentariedade preleciona que, tendo em vista a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não ser absoluta, o bem jurídico deve ser defendido penalmente somente perante certas formas de agressão ou ataque consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica porque apenas as ações mais graves dirigidas contra bens jurídicos fundamentais podem ser criminalizadas. Faz-se, então, uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Portanto, esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser “um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente³⁸”.

Já quanto ao princípio da subsidiariedade, nota-se que a ingerência penal há de ser a “derradeira trincheira³⁹”, intervindo minimamente, ou seja, atuando somente de forma subsidiária, quando o for imprescindível, quando não houver outro meio mais adequado e menos gravoso para a tutela dos bens jurídicos, excluindo-se, outrossim, os delitos de bagatela.

A fim de demonstrar a aplicação destes postulados na atividade legiferante, recorde-se que a Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005, seguindo as diretrizes político-criminais da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, aboliu do ordenamento jurídico-penal alguns tipos incriminadores, cujos bens, nos dias de hoje, podem ser perfeitamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico, como acontece, por exemplo, com o adultério⁴⁰. Nesse caso, o cônjuge traído, se for do seu interesse, poderá ingressar no juízo civil com uma ação de indenização, a fim de que veja reparado o prejuízo moral por ele experimentado, não havendo necessidade, outrossim, da intervenção do Direito Penal. Caso semelhante pode ocorrer, como aqui defendido, com o crime contra a assistência familiar, que poderia prescindir da atuação penal para a proteção da família⁴¹. Nota-se, por derradeiro, com base no

³⁸ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada.

³⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 120.

⁴⁰ MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4, t. 2, p. 173.

⁴¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, t. II, p. 138.

princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que sua intromissão no âmbito familiar deverá ser bastante parca e limitada à proteção de certos bens⁴². Assim, o adultério já foi banido do Código Penal, o incesto só foi previsto como circunstância agravante dos crimes contra a dignidade sexual (art. 226, II), e o delito de maus-tratos em família, previsto no art. 572 do Código Penal italiano, não foi reproduzido no estatuto pátrio, que tratou genericamente do crime de maus-tratos no art. 136, dentro dos crimes contra a pessoa⁴³.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, essencialmente, pública, rápida, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcional ao delito e determinada pela lei. Dito de outra forma, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade⁴⁴. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes⁴⁵.

Isto não impede, contudo, que a pena retributiva seja uma pena teleologicamente orientada, não porque tenha um escopo particular e precípuo a realizar, mas porque está indissolúvelmente ligada à natureza dos valores que a norma penal tutela em seu complexo. Assim, se pena é retribuição, ela pressupõe uma correlação entre dois termos: significado e importância do valor, de um lado; e gravidade da sanção, de outro. E todas as vezes que esta correlação for rompida, a norma penal repousará num fundamento injusto, pois a retribuição deve ser retribuição justa, que não seja fruto da alteração dos termos entre os quais se desdobra⁴⁶.

Realizando uma breve aproximação ao tema, é de conhecimento geral a grande importância da família (como bem jurídico-penal) para o Direito e para a sociedade, em especial aos seus membros, que de tão valorosa e essencial, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. E, com base na relação de *desproporção* existente entre gravidade do fato e gravidade da pena, propugna-se, neste estudo, que a tutela

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 147.

⁴³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal – curso completo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 770.

⁴⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

⁴⁶ O conceito de valor é um conceito teleológico, e também a pena que golpeia aquele que violou um preceito colocado em tutela de um valor não pode ser senão orientada na direção do próprio valor, no sentido de haver uma proporção entre a importância social do valor e a gravidade da pena (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 100-101).

da família deve ser dada, em especial, através da descriminalização do delito do artigo 245, uma vez que não há correlação protetora entre a assistência familiar e tal criminalização, pois a presente cominação, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a manchar os laços fraternos, já que a “polícia” tem pouco ou nada a contribuir com a formação familiar, especialmente em face da cláusula constitucional que assegura o livre planejamento familiar do casal⁴⁷.

Nessa linha, postula-se que a proporcionalidade entre uma pena e o delito é a forma de impedir o excesso, isto é, de evitar que a pena seja uma violência do homem para com o homem⁴⁸. Em rigor, o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que nessa relação houver desequilíbrio acentuado, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem-se, em consequência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito tem que ser proporcionais à sua concreta gravidade)⁴⁹.

3.4. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS E A TUTELA PENAL DA FAMÍLIA

Em um Estado democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale a dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana⁵⁰. O bem jurídico é tido como ponto central da

⁴⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (*grifou-se*)

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996, p. 198.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 67.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 73. Nesse contexto, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102); Por sua vez, bem jurídico é, objetivamente, o bem considerado vital, da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente. O bem jurídico é o orifício da agulha pelo

estrutura do delito, e constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim encontra-o, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela⁵¹.

Assim, sem a presença de um bem jurídico de proteção previsto no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito⁵². Isso em razão de a tutela penal dever, impreterivelmente, ser associada ao bem jurídico-penal, vale dizer, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade (*Freiheitsvermutung*) – e da dignidade da pessoa humana⁵³. Ele é o elemento central do preceito contido na norma penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito, na medida em que a norma descreve uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico, justamente para propiciar a proteção de valores da vida individual ou coletiva⁵⁴, diferentes de preceitos religiosos, convicções políticas, morais ou ideológicas, ou simplesmente sentimentos⁵⁵.

E como “porto seguro” de seus membros e base da sociedade, a *família* recebe especial proteção do Estado, tutela esta que a erigiu ao *status* bem jurídico-penal⁵⁶. Nesta esteira, conforme a organização do atual Código Penal, o legislador, utilizando-se dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais para dar nomes, ora aos títulos, ora aos capítulos por eles ocupados, quando da elaboração do Título VII da Parte Especial, denominou-o “Dos crimes contra a família” e, o mesmo se fez com o Capítulo III deste título, denominado “Dos

qual têm que passar os valores da ação (WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15).

⁵¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. L. J. Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d., p. 6.

⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de la Universidad, 1974, p. 21-22. Note-se que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo (PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 21).

⁵³ PRADO, Luiz Regis, *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100. As normas penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17).

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 396; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 1, p. 6.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 6.

crimes contra a assistência familiar”, uma vez que almejou-se com a previsão dos tipos penais destes capítulo e título a proteção e a manutenção do organismo familiar, buscando assegurar o amparo e a subsistência de seus membros.

Não questionamo-nos se seria este interesse vital digno da tutela penal, mas ao contrário, se seria ela necessária e útil para a sua proteção, uma vez que o moderno Direito das Famílias tem se mostrado mais eficaz na proteção das famílias. Assim, veja-se que o bem jurídico “família”, que ora é considerado para efeito da incriminação de certos comportamentos, ou agravamento das penas aplicáveis em outros, serve-se para beneficiar os seus integrantes diante da clara prevalência do interesse estatal em se resguardar a família, especialmente quando confrontada com outros bens jurídicos de menor relevância⁵⁷, como por exemplo, o patrimônio. Restando assim demonstrado que a melhor forma de se proteger a família é privando-a da ingerência penal.

4 O DELITO DE ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA

O delito descrito no artigo 245 do Código Penal incrimina a entrega de filho menor a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo⁵⁸. Trata-se de dispositivo inspirado no artigo 219 do Código suíço, de *nomen juris violação do dever de educar a criança*⁵⁹, que ingressou em nosso ordenamento jurídico-penal pátrio com a elaboração do Código de Menores, através do Decreto n.º 17.943-A de 1927, passando a integrar, logo em seguida, a Consolidação das Leis Penais, de 1932, em seu artigo 292, IV⁶⁰, e posteriormente o Código Penal de 1940⁶¹.

É, pois, na legislação atual, crime de perigo abstrato ou presumido, isto é, situação que independe de comprovação. Nesses delitos, o perigo constitui unicamente a *ratio legis* da

⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 188.

⁵⁸ Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

⁵⁹ *Violation de devoir d'élever l'enfant.*

⁶⁰ Art. 292, IV: Desencarregar-se do filho, entregando-o a longo termo aos cuidados de pessoas, com as quais sabia ou devia presumir que ele se acha moral ou materialmente em perigo.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 976; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 132; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 331 ; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 402-403. Observa-se que o pretense Código de 1969 manteve o delito com a mesma redação no seu tipo básico e fundamental, tipificado no artigo 271, enquanto que o Anteprojeto de 1984 o fez no artigo 258, e o de 1999, no artigo 246, ambos cuidando da mesma infração penal só que com pequenas alterações de cunho redacional perante a legislação vigente.

incriminação, ou seja, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura típica⁶². O perigo não aparece como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma ainda que, no caso concreto, não se tenha verificado qualquer perigo ao bem jurídico tutelado, bastando a simples comprovação de uma atividade finalista. Dessa forma, enquanto nos delitos de perigo concreto é indispensável que o juiz verifique se o perigo realmente ocorreu ou não, no caso em exame, nos delitos de perigo abstrato, não se exige que o perigo – inerente à ação – seja comprovado⁶³.

Em que pese toda a sorte de críticas sobre o legislador nesta construção abstrata, a retirada do magistrado de quaisquer possibilidades avaliativas do caso concreto tem sido a regra geral de incidência da maioria das normatizações a esse respeito. Elemento constitutivo maior da sociedade de risco e do chamado Direito Penal de perigo (ou de risco), a sua dogmática particular em muito se transformou. A antecipação da tutela, antes exceção, agora se torna regra de aplicação⁶⁴.

Em suma, seria de se considerar que, tradicionalmente, em se entendendo que a missão do Direito Penal reside na proteção a bens jurídicos contra ataques ou a colocações em perigo deste, claro estão definidos os crimes de dano e de perigo concreto, onde se percebe, no caso específico, sob uma análise *ex post*, a potencialidade do risco imposto ao bem sob guarda. No perigo abstrato isso não se dá. Assim sendo, justificar-se-ia a criminalização da conduta de entrega de filho menor a pessoa inidônea somente se admitíssemos a construção feita por Günther Jakobs quando tratou do Direito Penal do cidadão e do inimigo⁶⁵, buscando

⁶² Para Roxin, a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo. Para se ter como exemplo, no Brasil, pune-se a entrega de filho menor a pessoa inidônea, mencionando a “assistência familiar” como bem jurídico protegido, deixando de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica, ou ainda, qual seria o dano social inevitável de outra maneira causado pela entrega do filho menor. Por isso, Roxin afirma que a construção de tal bem jurídico não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei, da *ratio legis* da incriminação (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36-37). Há, no entanto, aqueles que defendem o chamado conceito metodológico de bem jurídico, e de fato consideram que o bem jurídico é idêntico à *ratio legis*. Tal ponto de partida pode ser útil na interpretação, na qual a finalidade da lei tem importância decisiva. Mas ele não tem qualquer função limitadora da pena, o que o torna inadequado para nossos objetivos. Tal concepção advém do pensamento neokantiano, tendo como principais seguidores Mayer e Honig (Vide MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal-Parte General*. Trad. De Sergio Politoff Iifschitz, Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, Julio César Faria – Editor, 2007).

⁶³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 976; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 338.

⁶⁴ 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, p. 345-346.

⁶⁵ De se recordar, enquanto o Direito Penal do cidadão tem por escopo manter a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigos. Independente disso, qualquer denominação que se dê, é patente a presença deste Direito Penal do inimigo, ou de “terceira velocidade”, como já ressaltou Silva-Sánchez, no campo do combate penal através das criminalizações de condutas de perigo presumido. Para maior aprofundamento sobre o assunto vide JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel

a salvaguarda não de bens jurídicos, mas da vigência da norma, a pretexto de evitar a ocorrência de fatos prejudiciais à coletividade, trabalhando na defesa do próprio Estado em detrimento do cidadão, esvaziado de sua dignidade humana quando eleito inimigo⁶⁶.

Numa expressão concisa, perigo abstrato é um perigo de perigo ou um perigo remoto, que o Direito Penal moderno procura eliminar por se aproximar de uma pena sem delito. A doutrina moderna repudia o delito de perigo abstrato entendendo tratar-se de causa de atipicidade da conduta exatamente por inexistir qualquer perigo para um bem juridicamente tutelado, posto que o perigo relevante só surge concretamente⁶⁷. E sendo o crime do artigo 245, do Código Penal, de perigo abstrato, presume-se o perigo para a incolumidade física e para a integridade moral do menor de dezoito anos se o agente o entrega a pessoa de reconhecida inidoneidade. E tal presunção é *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário⁶⁸.

O bem jurídico protegido é a assistência familiar, tutelando-se especialmente a criação e educação do menor, dever indeclinável dos pais. Tem o filho direito inconcusso à sua conservação e formação, que são postas em perigo, quando os genitores, olvidando esse imperativo do poder familiar, abandonam-no, entregando-o a pessoas inidôneas⁶⁹.

Podem ser sujeitos ativos do presente delito somente os pais, sejam eles legítimos, naturais ou adotivos, tratando-se de crime próprio, que exige uma qualidade especial do sujeito ativo. Em relação aos demais parentes, ao tutor ou a outro terceiro que detenha a guarda do menor podem, eventualmente, figurar como autores ou partícipes do crime⁷⁰.

Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47 e ss.; e 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, p. 145.

⁶⁶ Disto conclui-se que o referido dispositivo carece de bem jurídico penal e possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que certamente o levará ao descrédito e ao flautismo público dentro em breve (ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Op. cit.*, p. 346).

⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564. Em favor dessa posição, Luiz Regis Prado observa que “não tem nenhum sentido punir uma conduta cuja relevância provém da perigosidade que nela se supõe presente, quando tal perigosidade inexistente desde o início. Em tais delitos, dá-se uma presunção *iuris tantum* e não *iuris et de iure* da existência do perigo (PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 977).

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 977.

⁶⁹ NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 338; CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 1112; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 712; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 36; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 644; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1048; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 166; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 403; ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Op. cit.*, p. 666.

⁷⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 1112; NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 338; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 166; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 403; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op.*

Sujeito passivo é o filho menor de 18 anos, independentemente da natureza da filiação, isto é, seja ele legítimo, natural ou adotivo. Até porque, a própria Constituição Federal assegura a igualdade entre os filhos, nos termos do artigo 227, §6.⁷¹, assim também o faz o artigo 20 da Lei n.º 8.069/1990⁷² (Estatuto da Criança e do Adolescente), que reproduziu integralmente o texto constitucional⁷³. O critério para se estabelecer a proteção legal aos menores de 18 anos é, essencialmente, um critério de Política Criminal, tal como o é o que fixa a maioridade penal a partir desta faixa etária. É perceptível que, a justificativa de presunção legal de pessoa imatura, que não sabe defender-se inexistente no tempo presente, e, por isso, não há qualquer razão para tal proteção.

Primeiramente, importa afirmar que deve-se discordar por completo da presente criminalização. No entanto, não se pode olvidar que, em relação à proteção do sujeito passivo, a tutela dar-se-ia de forma mais equânime com a utilização do conceito de *vulnerável* para o Direito Penal, que são os menores de 14 anos, ou ainda, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência (*vide* artigo 217-A, do Código Penal⁷⁴).

O tipo penal tem como verbo nuclear *entregar*, que significa deixar aos cuidados, deixar sob vigilância, passar a posse a alguém. Não se refere, portanto, à simples consignação material, significando, sobretudo, confiar o menor, moral e materialmente, a alguém. Dito de outra forma, a conduta típica consiste em entregar filho menor de dezoito anos à pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo. O agente entrega filho menor de dezoito anos à pessoa capaz de colocá-lo em perigo moral (*v.g.*, meretriz, cáften, pessoa que se dedique ao crime) ou material (*v.g.*, ébrio contumaz, portador de moléstia etc)⁷⁵.

cit., p. 795; GOMES NETO; F. A. *Op. cit.*, p. 241; SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1080; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 712; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 36; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 644; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1048.

⁷¹ Art. 227, §6º, CF – “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (*grifou-se*).

⁷² Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷³ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 977; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795.

⁷⁴ O artigo 217-A, do Código Penal trata do delito de estupro de vulnerável, e estabelece critérios que respeitam a taxatividade do Direito Penal (*Lex certa*), diferentemente do artigo 133, deste *Codex*, que dispõe acerca do abandono de incapaz - crime subsidiário em relação ao artigo 245 -, valendo-se de conceituação imprecisa, especialmente em decorrência das diversas alterações legislativas que alteraram o conteúdo da expressão *incapaz*, seja no âmbito do Direito Público, seja no Privado.

⁷⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 977; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249.

Não mais se exige a permanência da vítima em companhia da pessoa inidônea por longo lapso temporal⁷⁶, pois trata-se de crime de perigo abstrato⁷⁷. E como dito, tendo em vista o crime de perigo abstrato resultar em atipicidade, só poderá ocorrer o delito em havendo perigo concreto. Assim, exigência de um tempo considerável para ocorrer a incriminação nos parece mais plausível do que aceitar a consumação do delito pela mera entrega⁷⁸. Faz-se mister que o sujeito passivo fique exposto a *perigo material* – ofensa a integridade física, infortúnios, trabalho arriscado ou inadequado, enfermidade contagiosa, etc. – ou *moral* – influência de caráter pernicioso de sua companhia, contato com ambientes nocivos, etc. – presumidos pelas qualidades negativas apresentadas pela pessoa a quem foi entregue⁷⁹.

Em relação àquele que apenas recebe o menor sem o intuito de lucro e não lhe causa mal algum, assegurando a sua integridade, não responderá pelo presente delito. Poderá, eventualmente, incorrer em outra figura típica. Imaginemos tratar-se de pessoa que se dedique a atividades criminosas e, em decorrência disso, inserindo o menor que lhe fora confiado nesse contexto, poderá cometer o delito descrito no artigo 244-B, da Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da criança e do Adolescente)⁸⁰.

Já em relação aos pais, sujeitos ativos do delito, nota-se que a figura do artigo 245, *caput*, é colocada pelo ordenamento jurídico-penal como verdadeiro “soldado de reserva”, posto que as violações nela contidas podem, perfeitamente, ser tuteladas, conforme o caso, pelos delitos de abandono de incapaz (art. 133, CP), de omissão de socorro (art. 135, CP), de maus-tratos (art. 136, CP), de lesão corporal em comissão por omissão (art. 129, CP, c/c art. 13, § 2º, *a*, CP), ou até mesmo, nas últimas consequências, de homicídio por omissão (art.

⁷⁶ A legislação anterior, seguindo a lição do Código suíço, exigia, para o aperfeiçoamento do delito, que o menor fosse confiado *a longo termo* (LOGOZ, Paul. *Commentaire Du Code Pénal suisse. Partie Speciale*. Neuchâtel-Paris: Delachaux e Niestlé Éditeurs, 1956, v. 2, p. 420, dispõe que se deve entender *à long terme* “por um tempo que não seja apenas de curta duração”).

⁷⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 1113; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795; GOMES NETO; F. A. *Op. cit.*, p. 241; SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, p. 1080; GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 712; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 36; DELMANTO, Celso... [et al]. *Op. cit.*, p. 644; NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Op. cit.*, p. 1048; LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Op. cit.*, p. 403.

⁷⁸ Constitui uma afronta num Estado de Direito e uma contrariedade à dogmática moderna, a aceitação do crime de perigo abstrato. Ainda assim, parte da doutrina (já demonstrada acima) se inclina em sentido diametralmente oposto, satisfazendo-se com a permanência momentânea do menor na companhia de pessoa inidônea para a incriminação. Neste sentido, Lacerda destaca: “não se exige que os pais se tenham desencarregado do filho, basta a entrega” (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 403) (*grifou-se*).

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 977; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 249; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 795.

⁸⁰ Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos (*grifou-se*).

121, CP, c/c art. 13, § 2º, a, CP). O ideal é que se evite a criação de delitos subsidiários, inócuos, verdadeiros, crimes de moldura⁸¹. Isso porque o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa⁸².

O elemento subjetivo do tipo é constituído pelo dolo – consciência e vontade de entregar o filho menor de dezoito anos a pessoa inidônea, não se exigindo qualquer elemento subjetivo especial. Admite-se tanto o dolo direto quanto o eventual. Àquele ocorre quando os pais, mesmo sabendo ser a pessoa inidônea, entregam o filho à sua vigilância. Já o dolo eventual dá-se quando o agente deveria saber que a companhia é inidônea, e ainda assim, confia o filho a este⁸³. Todavia, o tipo penal não se contenta com que ele *saiba* da situação de perigo moral ou material, pois ainda acrescenta: *ou devia saber*⁸⁴. No Código Penal suíço, a expressão equivalente é *deve presumir (devaient le présumer)*, e não se trata de negligência, mas da permissão que tem o magistrado para condenar os pais, não só quando apurado que eles positivamente sabiam do perigo para o menor, mas também quando o juiz deduzir, pelas circunstâncias, que eles deviam admiti-lo, quando haverá – no sentido legal – intenção, ao menos sob a forma de dolo eventual⁸⁵.

Verifica-se, por conseguinte, que a expressão *deve saber* indica dolo eventual, e não culpa⁸⁶. E isso porque a forma culposa deve ser expressamente prevista em lei (artigo 18,

⁸¹ Tais criminalizações prestam-se somente a engrossar a legislação penal, corroborando com a inflação de leis penais desnecessárias e, por consequência, com o enfraquecimento e vulgarização do Direito Penal, que tem se tornado, cada vez mais difícil de ser aplicado em decorrência disso. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 63, neste sentido, leciona que “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias. Desta forma, condutas que alberguem comportamentos puramente antiéticos, imorais ou pecaminosos, por serem incompatíveis com o modelo de Estado atual e violarem a dignidade da pessoa humana, são absolutamente inconstitucionais”.

⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Op. cit.*, p. 152, afirma que, no intuito de procurar evitar esse fenômeno, é conveniente ter-se em conta a capacidade ou aptidão da intervenção penal de ter um mínimo de eficácia. Em suma: respeitar-se o princípio da efetividade penal, entendido como a idoneidade concreta da tutela penal na preservação de bens jurídicos relevantes.

⁸³ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 565; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 977-978; Pontual a lição de Paulo José da Costa Júnior ao asseverar que o dolo será eventual quando o sujeito ativo, no momento da sua entrega a pessoa inidônea, embora não tivesse consciência plena do perigo ao qual o menor ficaria exposto, devesse tê-la pelas condições da pessoa a quem confia (COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 796).

⁸⁴ Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo (*grifou-se*).

⁸⁵ LOGOZ, Paul. *Op. cit.*, p. 421.

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 977; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 565; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 250; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 796. Em sentido contrário, isto é, admitindo-se a forma culposa, *vide* MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 37; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, 167. Segundo Noronha, *dever saber* não é indicativo de dolo eventual. *Saber*, indiferente a que aconteça, é que é dolo eventual. Aquela expressão indica culpa: agir sem querer o resultado, mas devendo *saber* que ele se produziria (NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 339).

parágrafo único, do Código Penal⁸⁷), sob pena de flagrante violação ao princípio da legalidade (artigos 1.º, do Código Penal e 5.º, XXXIX, da Constituição Federal). Demais disso, nos delitos culposos o legislador deve proceder a uma reavaliação das ações, em face da forma ou modo de atentado ao bem jurídico. Portanto, ao crime culposo deve ser cominada pena menos rigorosa que a atribuída ao delito doloso correspondente, indicando que se trata de fato cujo conteúdo de injusto é menor⁸⁸.

Não se configura o delito previsto no artigo 245 se o perigo sobrevém à entrega. Se o perigo não existia na ocasião da entrega do filho menor, mas verificou-se posteriormente, sem possibilidade de sua previsão, não haverá como incriminar o pai⁸⁹. Todavia, havendo previsibilidade do perigo, poderá restar configurado o dolo eventual.

Consuma-se o crime com a simples entrega do menor de dezoito anos a pessoa inidônea, independentemente da efetiva demonstração do perigo, pois trata-se de delito de perigo abstrato, que como dito anteriormente, independe da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A tentativa é perfeitamente possível, pois trata-se de delito plurissubsistente e, para sua consumação, o agente deve percorrer um longo *iter*, o que possibilita sua interrupção⁹⁰. Quando, por exemplo, um pai, ao proceder à entrega de seu filho a um traficante de drogas, e é interrompido por policiais que monitoravam o local de tráfico.

O artigo 245, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal prevê as formas qualificadas de se cometer o crime, apenando-as mais severamente, com pena de 1 a 4 anos de reclusão em razão da maior abjeção ou reprovabilidade da conduta⁹¹. A primeira figura ocorre quando o menor é entregue pelo agente com o propósito de auferir lucro⁹². Pode o lucro ser material ou moral, bastando que redunde em qualquer benefício para o agente. Note que aqui o legislador

⁸⁷ Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (*grifou-se*).

⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 978; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 38;

⁸⁹ FARIA, Bento de. *Op. cit.*, p. 192; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 978;

⁹⁰ SOLER, Sebastián. *Op. cit.*, p. 209; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 796;; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 978; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 38.

⁹¹ § 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

⁹² Segundo Noronha, tal pode acontecer quando o pai entrega o filho a um mendigo para com ele esmolar, dividindo-se entre eles o produto da mendicância; ou quando o emprega em serviços que arruinarão sua saúde, para que se beneficie com o ordenado que ele perceba etc. Trata-se de elemento subjetivo específico do injusto, uma vez que é exigível um dolo próprio. É, pois, circunstância qualificadora que atua na medida da culpabilidade. Dado que, o *animus lucrandi* há de ser o motivo propulsor da resolução delitiva, residindo a maior reprovabilidade da conduta típica e ilícita na mera representação do proveito, dispensável, para a caracterização da qualificadora, a obtenção da vantagem visada (NORONHA. Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 440).

não usou, como o fez no *homicídio mercenário* (artigo 121, § 2.º, I, do Código Penal), a expressão “mediante paga ou promessa de recompensa”, que dá tônica de exclusiva vantagem econômica. Todavia é certo que a vantagem quase sempre redundava numa vantagem econômica⁹³.

Calha salientar que o artigo 238 da Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁹⁴ consigna a figura delitiva de prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”, e prevê a ela pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Aqui, faz-se necessário que a promessa ou efetiva entrega do menor sejam acompanhadas do recebimento de recompensa, e podem figurar como sujeitos ativos do delito, não somente os pais, mas também o tutor, uma vez que o tipo incrimina também a entrega de *pupilo*. Demais disso, é irrelevante a inidoneidade da pessoa a quem a vítima é confiada⁹⁵.

Já a segunda parte do § 1.º do artigo 245 qualifica a entrega de filho menor à pessoa inidônea quando o menor é efetivamente enviado para fora do País. A remessa do menor para o estrangeiro dificulta ou impossibilita sua defesa, justificando a exasperação da pena por influir diretamente na magnitude do injusto. O fundamento dessa qualificadora reside na ideia de garantir a execução do delito, afastando eventual defesa da vítima, o que demonstra a maior gravidade do desvalor da ação. A presente qualificadora fundamenta-se, ainda, em razões de Política Criminal, almejando-se reprimir o tráfico de pessoas, especialmente de menores, além do fato de que o agente pode valer-se dessa circunstância pra facilitar sua impunidade⁹⁶.

Em relação à qualificadora do § 2.º, do artigo 245, do Código Penal, aplicar-se-á a mesma pena do § 1.º, qual seja, reclusão de 1 a 4 anos, a quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro⁹⁷. Toma-se como exemplo, a conduta daquele que prepara os

⁹³ PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 564.

⁹⁴ Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 39-40; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 978-979; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 565. Em relação ao mencionado artigo 238 do Estatuto Juvenil, verifica tratar-se de delito mais abrangente e severo em relação ao tipo previsto no artigo 245, § 1.º, parte inicial, do Código Penal, e por isso, este é desnecessário, crime supletivo, *de moldura*, inaplicável.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 979. Não obstante, também é desnecessária a manutenção do presente dispositivo no ordenamento jurídico, uma vez que o artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente também o alcança, mais ainda, possibilita a punição de situações não albergadas pelo Código Penal, e com pena ainda mais severa.

⁹⁷ Art. 245, § 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

passaportes, do que compra as passagens, de quem promove o embarque do menor para o exterior, etc.). Outra vez se observa aqui a presença do elemento subjetivo especial do injusto, que decorre da expressão “com fito de obter lucro”⁹⁸. No entanto, o § 2.º do dispositivo em apreço foi tacitamente revogado pelo artigo da Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁹⁹, que pune aquele que promove ou auxiliar o envio de criança ou adolescente para o exterior sem a observância das formalidades legais ou com objetivo de auferir lucro, com reclusão de quatro a seis anos, e multa. Nesse caso, qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito, e não apenas os pais. Ademais disso, a sua consumação independe da efetiva saída do menor do País, não se exigindo a realização do resultado naturalístico¹⁰⁰.

Destaca-se, por derradeiro, a previsão constante do artigo 231 do Código Penal, que criminaliza o tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual, tendo-a circunstância de ser o sujeito passivo criança ou adolescente é prevista como causa de aumento de pena¹⁰¹. Pena esta que poderá chegar a 12 anos de reclusão¹⁰².

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

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 979.

⁹⁹ Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Op. cit.*, p. 39-40; PRADO, Luiz Regis, *Op. cit.*, p. 979.

¹⁰¹ Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (*grifou-se*).

¹⁰² Ressalte-se que, o Brasil é signatário de convenções internacionais sobre a matéria, tais como a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710, de 21-11-1990); Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (Decreto n.º 2.740, de 20-08-1998); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (Decreto 5.007, de 08-03-2004). E em havendo violação a qualquer dessas convenções, a competência para apreciar o fato será da Justiça Federal.

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

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

Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão da tutela penal da família, mais precisamente da assistência familiar. 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 a assistência familiar) e gravidade da pena (criminalização da entrega de filho menor à pessoa inidônea), propugna-se, neste estudo, que a tutela à família seja dada, em especial, mediante a descriminalização do presente delito contra a assistência familiar, uma vez que não há correlação protetora entre a família e a criminalização de tal conduta, pois esta cominação, a pretexto de salvaguardá-la, presta-se somente a segregar e 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 do delito insculpido no artigo 245 do Código Penal é um imprescindível imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, que colocaria a legislação pátria em consonância com as novas tendências do Direito Penal Internacional minimalista, contrário ao modelo fascista italiano, que hoje é menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem a subversão da instituição familiar, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor tornou-se absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias de controle e de assistência social, e para os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

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

É intrigante a construção jurídico-doutrinária italiana pela necessidade de um “reforço” penal ao Direito Civil, que nasceu com o Código Rocco, conforme demonstrado, quando se elevou tais direitos ao *status* de bens jurídico-penais, criminalizando-se o abandono familiar 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.

Demais disso, o delito de entrega de filho a pessoa inidônea configura, na legislação atual, crime de perigo abstrato ou presumido, isto é, situação que independe de comprovação. Nesses delitos, o perigo constitui unicamente a *ratio legis* da incriminação, ou seja, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura típica. O perigo não aparece como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma ainda que, no caso concreto, não se tenha verificado qualquer perigo ao bem jurídico tutelado, bastando a simples comprovação de uma atividade finalista. Dessa forma, enquanto nos delitos de perigo concreto é indispensável que o juiz verifique se o perigo realmente ocorreu ou não, no caso em exame, nos delitos de perigo abstrato, não se exige que o perigo – inerente à ação – seja comprovado.

Muito resumidamente, seria de se ter que, tradicionalmente, em se entendendo que a missão do Direito Penal reside na proteção a bens jurídicos contra ataques ou a colocações em perigo deste, claro estão definidos os crimes de dano e de perigo concreto, onde se percebe, no caso específico, sob uma análise *ex post*, a potencialidade do risco imposto ao bem sob guarda. No perigo abstrato isso não se dá. Assim sendo, justificar-se-ia a criminalização do delito de entrega de filho menor à pessoa inidônea somente se admitíssemos a construção feita por Günther Jakobs, quando tratou do Direito Penal do cidadão e do inimigo, buscando a salvaguarda não de bens jurídicos, mas da vigência da norma, a pretexto de evitar a ocorrência de fatos prejudiciais à coletividade, trabalhando na defesa do próprio Estado em detrimento do cidadão, esvaziado de sua dignidade humana quando eleito inimigo. Disto, conclui-se que o referido dispositivo carece de bem jurídico penal e possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que certamente o levará ao descrédito e ao flauteio público dentro em breve.

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

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- 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.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

BRAGA, Antonio C. *La Rochefoucauld e La Bruyère: filósofos moralistas do século XVII*. São Paulo: Editora Escala, 2012.

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

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

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

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

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.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

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

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

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.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Jaruá, 2012.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino 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.

MONDIN, Battista. *O Homem quem é ele? Elementos de Antropologia Filosófica*. Trad. R. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari [1980]. 12 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3.

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

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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*. Sevilla: 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.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.
- 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.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I.
- _____. *Estudios de derecho 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.
- TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952, p. 23; DIAZ, Joaquim Diez. *Op. cit.*, p. 57.
- 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.
- ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006.