



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**  
**MESTRADO EM DIREITO**

Helenice Oliveira de Moraes

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CARÁTER INTERNACIONAL:**  
**A Convenção de Haia de 1980**

Maceió  
2010

Helenice Oliveira de Moraes

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CARÁTER INTERNACIONAL:  
A Convenção de Haia de 1980**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador:  
Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros  
Lima

Maceió  
2010

**Catlogação na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecária: Lucia Lima do Nascimento**

M827s Moraes, Helenice Oliveira de.  
Sequestro interparental de caráter internacional a convenção de Haia de 1980 / Helenice Oliveira de Moraes. – 2010.  
108 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.  
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.  
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2010.

Bibliografia: f. 104-108.

1. Direito internacional. 2. Sequestro interparental. 3. Convenção de Haia – 1980. 4. Filhos – Convívio. I. Título.

CDU: 341.41/.46



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**MESTRADO EM DIREITO**

---

**HELENICE OLIVEIRA DE MORAES**

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CARÁTER INTERNACIONAL – A**  
**CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração do Curso:  
*Fundamentos Constitucionais dos Direitos.*

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e o julgou nos seguintes termos:

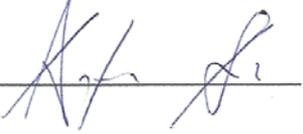
Professora Doutora OLGA JUBERT GOUVEIA KRELL

Julgamento: Aprovado - 8 (oitos) Assinatura: 

Professor Doutor MARCOS BERNARDES DE MELLO

Julgamento: Aprovado - 8 (oitos) Assinatura: 

Prof. Dr. ARTUR STAMFORD DA SILVA

Julgamento: Aprovado - 8 (oitos) Assinatura: 

A Deus, por ter permitido mais esta etapa em minha vida,  
À minha mãe, Neusa, minha fortaleza, exemplo e refúgio.  
A meu pai, Heleno, pela leveza, amizade, carinho e compreensão.  
Sem vocês, nada seria possível!

## AGRADECIMENTOS

Demonstrar gratidão é uma virtude. A través do agradeciemento se reconhece a colaboração de todos que se fizeram importantes para a consecução deste objetivo.

A Deus e ao meu anjo da guarda, meus protetores em todos os momentos.

Aos meus pais pelo apoio incondicional e por transformarem espinhos em flores para deixar o meu caminho mais fácil de ser percorrido.

A minha família que suportou a minha ausência em vários momentos e me incentivou a continuar a perseguir o meu ideal.

Aos amigos que torceram por mim.

Aos meus colegas da turma IV do Mestrado pelos bons momentos de convivência e pela colaboração no aprimoramento dos meus conhecimentos.

Em especial, a amiga-irmã Manuela Gatto pela amizade sincera e de todas as horas, com quem dividi as angústias e as felicidades deste trabalho. A Mariana Falcão, minha companheira de “aventuras” que se mostrou solidária e verdadeiramente amiga em todas as circunstâncias. A Ivânia Luiz pela preocupação constante. A Alice Quintela a quem devo o empréstimo dos livros mais preciosos.

Como não poderia deixar de ser, agradeço ao meu orientador prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros de Lima pela magistral colaboração na produção do presente trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Alagoas e aos professores convidados pelo brilhantismo transmitido através de seus ensinamentos.

Às Instituições de Ensino FAMA e FAL e aos meus alunos, pela compreensão deste momento tão particular.

À amiga Ana Luiza Fireman, que com sua figura doce e ajuda sempre prestativa tornou tudo mais suave.

## **RESUMO**

O presente trabalho que foi ancorado em pesquisa doutrinária, visa o estudo da Convenção de Haia de 1980 com a finalidade de propor a criminalização da conduta ilícita descrita em seu artigo 3º. Para tanto, se fez necessário o estudo das Conferência de Haia para que se entenda com clareza a norma internacional sob enfoque. Demonstra-se a impropriedade do termo sequestro, ao tempo que se procede a diferenciação entre este tipo penal e a conduta prevista na Convenção. Contextualiza-se acerca do bem jurídico do convívio familiar e a necessidade de tutela penal do mesmo que se mostra necessária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Criminalização. Direito ao convívio familiar.

## **ABSTRACT**

This work, which was anchored in doctrinal research, aims to study the Hague Convention of 1980 in order to propose the criminalization of illegal conduct described in Article 3 thereof. To this end, it was necessary to study the Hague Conference in order to understand clearly the norm under international focus. He demonstrates the inadequacy of the term abduction to the time that are being made to differentiate between this type and the criminal conduct under the Convention. Contextualizes about the legal family time and the need for the penal protection of that what is needed.

**KEYWORDS:** Hague Convention on the Civil Aspects of International Child abduction. Criminality. Right to family life.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980: Surgimento e Mecanismos de Atuação</b> .....	11
<b>1.1 Das Organizações Internacionais e a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado</b> .....	11
1.1.1 Da Conferência de Haia de Direito Privado: Considerações.....	15
<b>1.2 Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças</b> .....	16
1.2.1 Mecanismos de Aplicação da Convenção de Haia de 1980.....	22
1.2.2 A Aplicação da Convenção sobre Sequestro de Crianças no Brasil.....	24
<b>2 O SEQUESTRO NA PERSPECTIVA DA CONVENÇÃO DE HAIA E DO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	27
<b>2.1 Sequestro Internacional de Criança de Acordo com a Convenção de Haia de 1980</b> .....	27
<b>2.2 Direito Penal e Constituição</b> .....	29
<b>2.3 Sequestro segundo o Ordenamento Jurídico Brasileiro</b> .....	32
<b>2.4 Do Sequestro e outros Tipos Penais Assemelhados: Distinções</b> .....	44
<b>2.5 A Proteção da Família no Código Penal Brasileiro</b> .....	48
<b>3 DIREITO PENAL E BEM JURÍDICO</b> .....	55
<b>3.1 A Função do Direito Penal e a Proteção do Bem Jurídico</b> .....	55
<b>3.2 Bem Jurídico Penal e a Proteção da Pessoa Humana</b> .....	58
<b>3.3 O Direito à Convivência Familiar como Bem Jurídico-penal</b> .....	63
<b>4 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA TUTELA PENAL À CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980</b> .....	74
<b>4.1 Sociedade de Risco e Implicações Penais: Breves Considerações</b> .....	77
<b>4.2 Controle Social: Generalidades</b> .....	82
4.2.1 O controle social através do Direito Penal.....	85
<b>4.3 Do Direito Penal Mínimo</b> .....	86
4.3.1 Do Princípio da Intervenção Mínima.....	87
4.3.2 Do Princípio da Adequação Social.....	90
4.3.3 Do Princípio da Ofensividade/lesividade da Conduta.....	91
4.3.4 Do Princípio da Insignificância.....	92
4.3.5 Do Princípio da Individualização da Pena.....	93
4.3.6 Do Princípio da Proporcionalidade.....	94
4.3.7 Do Princípio da Pessoalidade/intranscendência da Pena.....	95
4.3.8 Do Princípio da Culpabilidade.....	96
4.3.9 Do Princípio da Legalidade.....	97
<b>4.4 A Necessária Tutela Penal e os Mandamentos Constitucionais de Criminalização</b> .....	98
<b>CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	104

## INTRODUÇÃO

Pretendemos demonstrar nesse trabalho por meio de pesquisa bibliográfica nacional e jurisprudência brasileira que diante do contexto de proteção tanto no aspecto nacional como internacional dos direitos dos infantes, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças apresenta distorções que impedem a sua executoriedade de forma plena.

Além de esclarecer que o termo “sequestro” empregado quando da tradução brasileira da Convenção se mostra inadequado, analisaremos este tipo penal e demais delitos assemelhados a fim de esclarecer a conduta típica prevista na Convenção.

Com o objetivo de propor melhoria para a norma internacional em destaque a ponto de torná-la eficiente e condizente com a proteção de bem jurídico dos mais fundamentais que é a convivência familiar; fraciona-se este estudo em quatro capítulos.

Num primeiro momento, apresenta o surgimento, os objetivos, bem como os modos de atuação da Convenção de Haia de Direito Internacional Privado organização internacional onde fora produzida a Convenção de Haia de 1980 precisou ser demonstrada, não sem antes fazer-se uma incursão acerca da Teoria Geral das Organizações Internacionais. Nesse context, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças é analisada considerando os mecanismos utilizados para a sua aplicação efetiva, bem como a aplicação da mesma no Brasil.

Em seguida, almeja demonstrar que a conduta descrita na Convenção de Haia de 1980 possui distinções em relação ao sequestro tipificado pelo Código Penal brasileiro. A contextualização entre Direito Penal e a Constituição Federal brasileira é outro ponto de debate; assim como o exame da proteção conferida pelo Direito Penal ao instituto da família, já que a proteção desta guarda estreita ligação com a Convenção de Haia de 1980.

Em seu terceiro capítulo discorre acerca da função do Direito Penal como regulador da vida social que através do caráter preventivo pode auxiliar na inibição do cometimento de delitos. Analisa-se ainda o enquadramento do convívio familiar como bem jurídico-penal sendo fator de garantia da dignidade dos membros da família, uma vez que se demonstra a importância de tal bem jurídico fundamental.

Por fim, o quarto capítulo faz menção a sociedade de risco advinda a partir da sociedade pós-industrial e intensificada com a globalização que contribui sobremaneira para

uma expansão do Direito Penal, uma vez que novas condutas surgem a partir das inovações tecnológicas, sociais e culturais.

Mesmo com o movimento expansionista do Direito Penal, merece destaque a opção pelo Direito Penal Mínimo como garantidor dos direitos e liberdades dos indivíduos por meio dos princípios que o consagram.

O controle social formal exercido pelo Direito Penal é invocado como necessário e a caracterização do bem jurídico-penal é questão relevante, uma vez que se trata de conceito que carece de uma análise mais apurada.

A Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito é questão que também se faz presente, demonstrando a interdisciplinaridade entre a norma constitucional e os demais ramos do Direito que puderam aqui ser analisados, como Direito Penal, Civil, Internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mais, a norma constitucional como fundamento de todo o ordenamento jurídico nacional, apresenta os mandamentos constitucionais de criminalização que proporcionam uma tomada de providência interna conforme preconiza o artigo 2º da Convenção de Haia com o fito de impor condições mais rígidas no cumprimento da mesma; protegendo-se o convívio familiar habitual de crianças vítimas de seus próprios pais ou parentes que lhes retiram com a conduta da subtração ou retenção ilícita a possibilidade de desenvolvimento sadio e harmonioso nos aspectos psíquico, moral e social.

## **1 A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980: Surgimento e Mecanismos de Atuação**

Este capítulo objetiva demonstrar o surgimento, os objetivos, bem como os modos de atuação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Para tanto, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado organização internacional na qual fora produzida a Convenção de Haia de 1980 precisou ser demonstrada, não sem antes fazer-se uma incursão acerca da Teoria Geral das Organizações Internacionais. Nesse contexto, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças é analisada considerando os mecanismos utilizados para a sua aplicação efetiva, bem como a sua aplicação no Brasil.

### **1.1 Das Organizações Internacionais e a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado**

Discorrer acerca da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado exige, ainda que superficialmente, uma abordagem acerca da teoria geral das Organizações Internacionais para que o tema em tela reste melhor esclarecido.

O surgimento das Organizações Internacionais ou Intergovernamentais - também assim denominada porque se origina de acordos entre Estados e adquirem personalidade jurídica internacional na lição de Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>1</sup> - se deve principalmente à necessidade de cooperação internacional para a aplicação do Direito e para uma melhor organização dos Estados a fim de alcançarem a consecução de objetivos comuns que se tornam mais difíceis de serem atingidos de forma isolada, seja por motivos sociais, econômicos ou políticos.

Possuem as citadas Organizações na modernidade o traço característico da multilateralidade que se traduz na reunião de três ou mais Estados agrupados com as mesmas finalidades e que se reúnem com o intuito de fortalecerem-se e, assim, poder obter o resultado esperado.

O marco histórico do final da Segunda Guerra Mundial proporcionou o aparecimento de um número maior de organizações internacionais, posteriormente, a integração mundial

---

<sup>1</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 496.

através da globalização se mostrou também como fator preponderante para o aumento da quantidade de tais coletividades interestatais.

O citado crescimento é justificado pela necessidade da defesa de interesses comuns pelos Estados, bem como pela queda dos regimes militares ditatoriais, a abertura de fronteiras e de mercados e a percepção de que de forma separada os fins pretendidos pelos Estados não seriam alcançados.

Resulta que as Organizações Internacionais podem ser definidas, conforme lição de Ricardo Seitenfus, da seguinte forma:

[...] associação voluntária entre Estados, constituída através de um tratado que prevê um aparelhamento institucional permanente e uma personalidade jurídica distinta dos Estados que a compõem, com o objetivo de buscar interesses comuns, através da cooperação entre seus membros.<sup>2</sup>

Da definição acima proposta pode-se perceber que são elementos constitutivos de uma Organização Internacional, uma vez que se fazem imprescindíveis para que a mesma tenha existência o caráter interestatal, posto que devem ser organizações de natureza jurídica pública, sendo óbvia a exclusão de organizações internacionais que tenham a natureza jurídica privada. Ainda se faz necessário um tratado que estabeleça as normas regentes da própria Organização e que contenha a previsão dos objetivos e instrumentos capazes de efetivar os seus propósitos.

A partir do tratado constitutivo acima citado, são estabelecidos os órgãos próprios e permanentes da Organização a fim de possibilitar que os seus trabalhos possam ser desenvolvidos de maneira eficaz como meio de consecução do intento firmado no tratado que se constitui num dos pressupostos mais relevantes, haja vista que a existência de objetivos de interesse comum dos Estados Membros é condição precípua para o nascimento de uma Organização Internacional.

Aliado a outros fatores, a base voluntarista também se mostra importante uma vez que as já referenciadas Organizações devem ser formadas a partir da vontade livre dos seus Estados Membros, isenta de qualquer vício que possa macular a franca expressão de seu consentimento.

Da análise dos elementos constitutivos, pode-se concluir que as Organizações Intergovernamentais são detentoras de personalidade jurídica internacional, o que as tornam

---

<sup>2</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

aptas ao exercício dos seus direitos, assim como das obrigações que lhe forem inerentes. Vale ressaltar que a personalidade jurídica atribuída às Organizações em destaque é diversa da dos seus Estados Membros, não se permitindo a confusão de nenhuma ordem com estes.

Característica principal das Organizações Internacionais é o seu caráter de permanência, já que os assuntos de interesse comum entre os Estados que servem de fundamento para a sua criação não se esgotam no tempo e necessitam de vigilância constante.

Considerando a permanência das Organizações Internacionais, há um fortalecimento da independência em relação aos seus Estados Membros e sua autonomia funcional e administrativa se tornam importantes na medida em que lhes conferem imparcialidade na tomada de decisões.

No entanto, para que possam funcionar de modo permanente, as Organizações Internacionais necessitam de ordenamento jurídico interno que dite as regras de seu funcionamento, inclusive de seus órgãos. Decorre esse direito interno da vontade da Organização e se explica pelo fato de esta ser um ente social.

Destarte, resta demonstrada a competência normativa interna das Organizações Internacionais, cabendo expor também a sua competência externa, haja vista a sua capacidade de criar normas de conduta a serem obedecidas pelos membros que a instituem, como expõe Alberto do Amaral Júnior<sup>3</sup>.

Convém ressaltar que a competência externa das organizações geralmente se instrumentaliza através de Convenções que podem ser entendidas como tratados que podem ser firmados entre a organização e seus Estados membros ou com terceiros Estados alheios a qualquer relação com a coletividade em destaque.

Os tratados que criam as Organizações lhe conferem poderes próprios com o fim de consecução dos objetivos comuns propostos pelos Estados que a compõem. A esse respeito, Celso D. de Albuquerque Mello, assim leciona:

[...] as organizações internacionais, ao exercerem os seus poderes, criam, por meio de deliberações, normas internacionais. Estas deliberações, entretanto, nem sempre têm valor obrigatório; é o que ocorre com as recomendações, os votos e os ditames. Já as resoluções, os regulamentos e as decisões têm valor obrigatório. Não se aplica nas organizações internacionais a doutrina do excesso de poderes. Há uma presunção de que os seus atos são sempre válidos e legais. Normalmente, as decisões das

---

<sup>3</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171.

organizações internacionais não têm nulidade absoluta a não ser que violem normas de “jus cogens”. Há uma presunção em favor de sua legalidade.<sup>4</sup>

Conforme a classificação da Organização, esta adquire contornos diferenciados, pois que as mesmas podem ser, a depender do critério estabelecido, como finalidades, limitação territorial de atuação e a participação de Estados, de fins gerais ou específicos, globais ou regionais, abertas ou fechadas.

Para Rezek,<sup>5</sup> o acordo de sede que se traduz num acordo bilateral entre a organização e um Estado também se mostra importante uma vez que garante uma base territorial para as organizações. Da mesma forma o dito acordo confere privilégios e imunidades.

Relevante anotar que os funcionários da organização se inserem na categoria de agente internacional que, de forma remunerada ou não, desenvolvem as suas atividades. E, por sua vez, os recursos financeiros para custear as organizações dependem da contribuição de seus Estados membros, posto que aquelas não possuem receita própria.

Em suma, pode-se concluir que, modernamente, as coletividades interestatais representam um acréscimo para a sociedade internacional. Resultado do momento vivido nas relações internacionais e das demandas a estas inerentes.

Inseridas nesta perspectiva de estrutura organizada no âmbito internacional, as Organizações Internacionais desempenham importantes funções, pois atuam de maneira a influenciar as decisões estatais; buscam modos de solução de conflitos; proporcionam igualdade nas relações entre Estados; defendem a coletividade internacional; funcionam como mediadoras entre os Estados; protegem os Direitos Humanos; garantem a segurança dos Estados e pregam o modo pacífico de solução de controvérsias; como também contribuem para a normatização internacional, conferindo segurança jurídica as relações internacionais<sup>6</sup>. Desta forma, se contempla as principais ações do associacionismo internacional, demonstrando ser o mesmo benéfico para a sociedade internacional.

---

<sup>4</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 608.

<sup>5</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-2556.

<sup>6</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 621-622.

### 1.1.1 Da Conferência de Haia de Direito Privado: Considerações

Sem a pretensão de esgotar o tema, até porque aqui não trataremos da situação histórica dessa Organização, o intuito é proporcionar uma visão ampla a respeito da Conferência de Haia, situando-a no contexto deste estudo.

No ano de 1955, entrou em vigor o Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, atribuindo a esta natureza jurídica de organização internacional formada pela associação de seus membros, possuindo caráter e atuação permanente conforme descreve o preâmbulo de seu Estatuto.

Sendo classificada como Organização aberta, permitindo o ingresso de novos membros, atualmente conta com o número de cerca de 70 (setenta) membros associados (68 Estados e da União Européia), sendo relevante também anotar que alguns dos Estados não membros também estão fazendo parte dos trabalhos desenvolvidos pela Conferência que hoje conta com a participação de 130 (cento e trinta) países<sup>7</sup>.

Como não há limitação territorial para a participação dos Estados, a Conferência de Haia é considerada como uma coletividade interestatal de caráter global que busca seu fundamento de validade nas regras de Direito Internacional.

Como toda organização internacional advém de objetivos comuns de seus Estados formadores, aqui não poderia ser diferente, e a Conferência em estudo possui seu objetivo próprio, que consiste na persecução da unificação de forma progressiva do Direito Internacional Privado dentre seus Estados associados.

Localizada em Haia após ser firmado um acordo de sede, a Conferência é financiada por seus Estados Membros que discutem e aprovam através do Conselho de Representantes Diplomáticos dos Estados membros lotados em Haia o orçamento anual, o qual será custeado através de divisão entre os seus associados.

O seu funcionamento acontece a partir de reuniões realizadas a cada quatro anos em Sessão Plenária a fim de negociar e adotar as Convenções, bem como decidir os rumos da Organização. O lapso temporal aqui afirmado não significa uma interrupção nos trabalhos, uma vez que já enfatizado o seu caráter permanente, o que confere continuidade aos trabalhos

---

<sup>7</sup> Disponível em <[www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=26](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26)>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

que acontece através de seus funcionários próprios e de outros meios disponibilizados pela Organização, como meio eletrônico, por exemplo, que possibilitam um contato permanente.

Registre-se que, na Conferência, há um número significativo de funcionários, contabilizando-se 19 (dezenove) funcionários administrativos e 5 (cinco) membros do Secretariado<sup>8</sup>, órgão permanente da Organização responsável por suas questões administrativas, burocráticas e técnicas.

Ultimamente, é tida como referência nas áreas relacionadas à proteção da criança, da família, do processo civil e do direito comercial, atuando como centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa no segmento do direito privado.

Sua produção normativa se instrumentaliza através de Convenções Internacionais que versam sobre os mais variados temas; principalmente os acima citados. Demonstra, assim, a importância da Organização para a codificação internacional com a substituição da norma costumeira pela norma escrita, proporcionando mais segurança nas relações internacionais, ao tempo em que institui obrigações jurídicas e o estudo sistemático do Direito Internacional com fins ao seu desenvolvimento. Nesse contexto, fora produzida a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças no ano de 1980 e será objeto de exame em seguida.

## 1.2 Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças

Entendida a globalização como tema que se reflete em vários aspectos da sociedade, não se restringindo à economia, é de fácil percepção que as facilidades proporcionadas por tal fenômeno tenham influenciado uma significativa mudança na estruturação das famílias.

A esse respeito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald escrevem:

[...] nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar o novo eixo fundamental

---

<sup>8</sup> RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil**. Brasília – Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 191.

da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.<sup>9</sup>

Para Nádía Araújo<sup>10</sup>, esses reflexos da modernidade nas relações de família propiciam relacionamentos amorosos internacionais que quando não são levados adiante, mas resultam em filhos, geram uma nova situação de conflito em que os pais se tornam seqüestradores de seus próprios filhos, indo de encontro à vontade do outro genitor.

A fim de solucionar problemas dessa monta, foi produzida no âmbito da Conferência de Haia de Direito Privado, a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças que se originou da necessidade de regular tal assunto, haja vista tratar-se de tema que toca a proteção dos direitos humanos, nesse aspecto particular, referentes às crianças.

Primando pela cooperação internacional, a Convenção busca elementos que possam lhe oferecer suporte nas questões de âmbito legislativo, judicial e administrativo com vistas a buscar o modo mais rápido de retorno da criança, garantindo-lhe o seu direito à convivência familiar por meio do respeito à guarda e à visitação<sup>11</sup>.

A instrumentalização desse propósito ocorre através de procedimento específico que regula o retorno do menor ao país de sua residência habitual da maneira mais célere possível. Interessante notar que tal celeridade depende da análise judicial do caso, o que já se constitui numa incoerência, sem contar com as exceções constantes dos artigos art. 12, 13 e 20 da Convenção.

O artigo 12 trata da possibilidade de adaptação da criança no novo meio em que foi inserida em virtude da sua transferência ou retenção ilícita. Pressupõe-se que a celeridade requerida nem sempre é alcançada e, prevendo isso, a própria Convenção abre exceção à integração da criança como fator para rejeitar o seu pedido de retorno, privilegiando a aplicação do interesse superior do menor e, por outro lado, legitimando a conduta ilícita de quem a subtraiu indevidamente.

Também em desconformidade com a rapidez e a urgência necessárias aos casos abrangidos pela Convenção, fixa-se o prazo limite de um ano para que sejam tomadas as providências viabilizando o retorno da criança, seja pelo juiz ou pela autoridade central

---

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

<sup>10</sup> ARAÚJO, Nádía. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499.

<sup>11</sup> ARAÚJO, Nádía. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 502.

competente. Ora, o que se analisa é o pedido formulado, se este já conta com mais de um ano da retirada ou retenção ilícita da criança, o “seqüestrador” demonstrando a adequação do infante ao novo contexto familiar no qual foi inserido, não há que se falar em retorno. Caso contrário, se o lapso temporal entre o pedido e a subtração contar com menos de um ano, a probabilidade de regresso é maior.

Já, no artigo 13, constata-se mais uma relativização da obrigação do retorno da criança, pois que todas as possibilidades de recusa ao pedido de regresso estão nele elencadas. Vale destacar que algumas possuem uma forte carga de subjetividade que a depender da interpretação realizada pode concluir ou não pela devolução da criança ao seu convívio original.

O citado artigo 13 da Convenção possui o seguinte texto:

Artigo 13 – sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto,

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

A Convenção, em seu Artigo 20, trata de mais uma restrição, conforme sua redação: “O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais”.

Destarte, há uma discussão a ser observada que consiste no respeito à ordem pública interna e à aplicação da Convenção Internacional em destaque. De tal modo, deve-se atentar para o fato de que o diploma internacional não poderá afrontar os princípios da ordem pública.

Para um melhor esclarecimento, as normas de ordem pública são aquelas impostas imperativamente de modo a proteger toda a coletividade. Resulta das normas e princípios de incidência obrigatória e são *erga omnes*, portanto, indispensáveis para a organização da sociedade.

Sobre esse aspecto, recorre-se à lição de Ângela Taranta<sup>12</sup> para quem “a ordem pública consiste num agrupado dos princípios fundamentais, reflectidos em normas de direito privado, subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a Sociedade estão fundamentalmente interessados em que predominem sobre as convenções privativas”.

Assim sendo, quando da utilização da norma internacional não se deve afastar os princípios e normas de ordem pública do direito interno, sobretudo quando da aplicação da Convenção de Haia sobre seqüestro internacional de crianças que conforme o que até foi estudado, se preocupa com o bem-estar destas.

Então, em atenção à ordem pública preconizada, faz-se indispensável no Brasil a interpretação da Convenção de Haia em destaque por meio do princípio consagrado pela nossa Constituição Federal em seu artigo 227 que trata de assegurar o melhor interesse do menor. No plano internacional, a Convenção da ONU dos Direitos da Criança também atribui preferência ao superior interesse da criança.

Em linhas gerais, tal princípio pode ser entendido como “princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”.<sup>13</sup>

De forma explícita, a Convenção protege os direitos inerentes à criança, sendo esta a beneficiária de tal norma de Direito Internacional. Cumpre registrar que para os efeitos deste instrumento jurídico em destaque, a criança está inclusa na faixa etária de até 16 anos. Nesse sentido, é de se considerar que a proteção da convivência familiar se constitui o bem jurídico tutelado pelo presente diploma internacional.

---

<sup>12</sup> TARANTA, Ângela. **Conceitos de Ordem Pública e Bons Costumes nos contratos**. Portugal: Verbo Jurídico, 2008, p. 5.

<sup>13</sup> AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Huris, 2009, p. 28.

O intuito primeiro da Convenção é garantir a qualquer criança o seu direito ao convívio familiar habitual e regular, por tal motivo, em seu artigo 3º, são delineadas as possibilidades de retirada ilícita de uma criança de sua residência habitual.

O referenciado artigo 3º assim dispõe:

[...] a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Segundo evidenciado acima, a conduta ilícita tipificada pela Convenção, que, segundo a tradução brasileira, a mesma foi denominada como sequestro, ocorre quando a criança é retirada de quem possuía legalmente a sua guarda ou quando é retida de forma arbitrária em local diferente de onde residia usualmente.

Resta nítida a preocupação do texto normativo internacional acima demonstrado com o respeito aos direitos de guarda e visita, bem como com o reagrupamento do núcleo familiar<sup>14</sup>, corroborando a afirmação de que o bem jurídico tutelado pela Convenção se traduz no direito à convivência familiar.

A residência habitual, nesse caso, não foi determinada pelo texto da Convenção, haja vista que esta não indica qual a lei aplicável; no entanto, é consenso entre os doutrinadores que a expressão residência habitual que caracteriza o elemento de conexão, deve ser aferida a partir dos fatos considerados pelo intérprete. O significado literal da expressão é a maneira mais simples e correta do entendimento desta. Reside habitualmente a criança no local onde esteja com um dos seus genitores que sobre ela exerça o direito de guarda.

Saliente-se que a citada Convenção considera apenas os aspectos civis referentes ao seqüestro e para instrumentalizar o seu objetivo de retorno imediato da criança ao seu país de convívio usual, lança mão da cooperação jurisdicional dos seus Estados membros.

---

<sup>14</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167.

É justamente através da cooperação processual que a Convenção atua, uma vez que “as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas Autoridades Centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que venha a ocorrer um deslocamento ou uma manutenção transfronteiriça ilegais de uma criança”.<sup>15</sup>

Restringe-se, portanto, a Convenção ao âmbito civil da questão porque acredita que, dessa forma, se garante o convívio familiar, bem como simplifica o reingresso da criança.

Porém, merece destaque uma discussão que norteia a Convenção, pois, ao tempo em que se fala em proteção dos interesses da criança como de primordial importância, de outro, fala-se em assegurar o seu retorno imediato. Assim, cabe uma análise a respeito da primazia entre o melhor interesse da criança e a aplicação da norma internacional.

As dicotomias e as imprecisões da Convenção, bem como as possibilidades de exceções já vistas, acabam por vezes servindo de estímulo para a prática da conduta de retirada ou retenção ilícita de uma criança do seio do seu convívio familiar regular.

A aplicação da Convenção como dito, gera um conflito entre princípios, pois se tem, de um lado, o superior interesse da criança e, de outro, a segurança jurídica no que pertence ao respeito à jurisdição da residência habitual da criança para decidir a sua guarda.

Destarte, aplicar a Convenção de forma correta e justa requer a difícil tarefa de atender aos ditames do retorno imediato da criança ao seu Estado de convívio familiar usual, atendendo à celeridade e à segurança jurídica do diploma internacional, bem como promover o interesse superior da criança.

Denegar o retorno da criança em atenção ao princípio do seu melhor interesse faz com que o aplicador do Direito inevitavelmente decida o direito de guarda. Situação proibida pela Convenção, haja vista que a competência para tanto é da jurisdição de onde residia a criança antes de ser retirada ou retida ilicitamente.

Ainda merece ênfase o fato de que negar a determinação de retorno da criança, seja por expor em risco os seus direitos e liberdades fundamentais humanas ou não, legitima a conduta ilícita de quem a subtraiu e ainda seria tal agente “premiado” com a guarda da criança. Compromete, dessa forma, a eficácia da Convenção.

Por sua vez, atender ao princípio do melhor interesse da criança confere uma margem de subjetividade quanto à interpretação desta, e, por sua vez, atribui discricionariedade ao

---

<sup>15</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado**. A criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

juiz quando da apreciação da Convenção frente a algum caso concreto, podendo este afastar ou não a aplicação desse diploma internacional.

Vislumbra-se a fragilidade da Convenção em garantir o bem jurídico que a mesma protege, qual seja, a convivência familiar. Sem contar com o fato de que nem sempre a cooperação pretendida acontece de forma célere, já que depende da atuação do Judiciário de cada Estado membro; o que, para alguns casos, demanda um tempo excedente ao previsto na norma internacional e justamente esse decurso do tempo já foi o suficiente para causar o malefício para a criança que se pretendia evitar.

### 1.2.1 Mecanismos de Aplicação da Convenção de Haia de 1980

Para atingir os fins pretendidos pela Convenção, esta instituiu, em seus artigos 6º e 7º e ao longo de todo o texto normativo, um sistema de cooperação composto por órgãos estatais com natureza administrativa, denominado de Autoridade Central. Atua principalmente como facilitador da colaboração internacional e na coordenação das ações desempenhadas no âmbito interno de cada Estado membro pelos órgãos estatais nacionais.

Objetivando atender ao texto da Convenção que prevê o retorno imediato da criança retirada ou retida ilícitamente, a urgência<sup>16</sup> é tida como fator preponderante para a pronta aplicação da norma internacional em comento. Da mesma forma, a utilização das autoridades centrais confere maior presteza aos procedimentos, uma vez que são empregadas no lugar das comunicações diplomáticas clássicas que obviamente demandariam mais tempo.

Como ressaltado, a cooperação se dá por meio da atuação interna dos Estados signatários da Convenção, proporcionando, a quem necessite, o apoio dos seus órgãos internos com o fim de dirimir conflito oriundo da Convenção. Nessa perspectiva, também se insere o estabelecimento de contato entre as autoridades centrais dos Estados. A reciprocidade também deve ser observada a fim de que a cooperação possa acontecer de forma satisfatória, assim, as autoridades centrais dos Estados devem tomar atitudes compatíveis entre si.

O pedido de retorno da criança tem início com uma ação com a correta instrução da mesma e observância do contraditório; sendo este necessário até mesmo para o exame das

---

<sup>16</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado**. A criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263.

exceções previstas na Convenção. Dessa forma, a celeridade preconizada resta prejudicada, pois todos os aspectos do caso necessitam ser avaliados, como também a parte adversa tem direito a se defender de forma ampla. Sendo assim, a concessão de medida liminar, apesar de determinar a restituição imediata da criança se apresenta como contrária à Convenção<sup>17</sup>.

Ainda no que diz respeito à exceção de ordem pública, pode ser negado o retorno de uma criança ao seu país de origem, desde que viole “princípios fundamentais do Estado requerido, consagrados em instrumento de caráter universal ou regional sobre os direitos humanos e da criança”.<sup>18</sup>

O que se constata através da apreciação dos dispositivos da Convenção de Haia é que estes, em algumas ocasiões, são divergentes entre si, e novamente se faz necessário enfatizar que, a todo instante, o julgador se vê na linha fronteira entre aplicar a Convenção, sendo essa atitude de respeito ao que fora pactuado internacionalmente evitando um ilícito internacional e a conseqüente responsabilização do Estado; ou obedecer ao princípio do interesse superior da criança já que é esta a destinatária da proteção da norma internacional em debate.

Cumprido esclarecer ainda que a própria Convenção de Haia apresenta possibilidade de flexibilização da mesma quando em seu artigo 2º assim anota: “[...] os Estados Contratantes deverão tomar as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.”

Diante dessa permissão insculpida na Convenção internacional ora em exame, alguns países têm criado legislação própria a exemplo do que aconteceu nos Estados Unidos com a *International Child Abduction Remedies Act* e no Reino Unido com o *Child Abduction and Custody Act de 1985*<sup>19</sup> com o intuito de garantir efetivamente o convívio familiar, sendo este o bem jurídico tutelado.

Percebe-se a necessidade de prevenção e repressão da conduta da retirada ou retenção ilícita de uma criança, denominada pelo Brasil como seqüestro, já que a norma internacional que se dispõe a regular o assunto apresenta fragilidades que por vezes impossibilita a proteção

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 509.

<sup>18</sup> ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 512.

<sup>19</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado**. A criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

da criança que deve ser considerada como principal interessada e a quem a aplicação da Convenção deve ser dirigida.

### 1.2.2 A aplicação da Convenção sobre seqüestro de crianças no Brasil

A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças é um tratado multilateral, do tipo aberto ao qual o Brasil aderiu ao texto somente no ano de 1999 e fora promulgada por força do Decreto Executivo nº 3.413 de 14 de abril do ano de 2000 e regulamentada pelo Decreto nº 3.951, de 04/10/2001.

Merece melhor elucidação a afirmação acima transcrita. Em linhas gerais, os tratados são segundo Hildebrando Accioly “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois sujeitos de direito internacional”.<sup>20</sup>

Segundo a classificação, considerando o seu aspecto formal e o número de contratantes, o tratado pode ser bilateral ou multilateral, sendo formado pela participação de dois Estados contratantes ou vários deles, respectivamente. A possibilidade de adesão posterior deve-se ao fato de o tratado possuir tal cláusula de adesão, permitindo o ingresso de outros Estados contratantes ao tratado após a conclusão do mesmo.

Inserem-se os tratados no ordenamento jurídico brasileiro após serem sancionados pelo Presidente da República, podendo adquirir a forma de lei ordinária ou de Emenda Constitucional a depender do conteúdo versado; havendo diferença quanto a tramitação no Congresso Nacional em relação ao *quorum* para aprovação e a processualística empregada.

Adquirindo os tratados força de lei, há que se observar segundo Rodrigo Fernandes More que:

[...] no nosso sistema jurídico, por exemplo, há leis programáticas e leis auto-executáveis, que diferem pela exigência, ou não, de regulamentação para serem exigíveis desde logo. O mesmo se aplica aos tratados: há que se questionar a natureza jurídica de seus dispositivos quanto à sua eficácia, ou seja, se são auto-executáveis ou apenas programáticos.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

<sup>21</sup>MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados internacionais no Brasil. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças (Haia, 1980). **Jus Navigandi**, Tereseina, ano 10, n. 1082, 18 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=8517>>. Acesso em: 24 de maio de 2010.

Por possuir a Convenção de Haia de 1980 a característica da multilateralidade, mostra-se complicado tendo em vista o número de países agrupados se chegar a um consenso acerca de uma redação capaz de instrumentalizar o tratado de forma eficaz; restando a cada Estado membro a tomada de providências. Nesse sentido apresenta o caráter de norma programática.

A própria Convenção e, posteriormente, o seu Decreto regulamentador cuidaram de atribuir competências a alguns órgãos estatais com vistas à consecução dos objetivos pretendidos, no entanto, a instituição da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) e outras providências não foram suficientes para a execução plena dessa norma internacional.

A Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SEDH) do Ministério da Justiça é órgão estatal que faz as vezes da Autoridade Central acima pontuada. O Brasil não atendeu ao mandamento do artigo 6º da Convenção que determina a criação de autoridades estaduais, concentrando as atividades na esfera federal. Anote-se que posteriormente, por meio da lei nº 10.683 de 28 de maio do ano de 2003, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos foi transformada em Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Na esteira das atribuições conferidas pelo Decreto que regulamentou a Convenção, foram criados o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal Contra o Sequestro Internacional de Crianças e o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados Internacionalmente como órgãos auxiliares da ACAF.

Importante frisar que a Autoridade Central brasileira não possui competência para a propositura de ações judicial, cabendo solicitação à Advocacia Geral da União – AGU para que em nome da União ofereça a ação perante a Justiça Federal.

A atuação da Justiça Federal nos casos envolvendo seqüestro internacional de crianças se resume às seguintes possibilidades: em se tratando de transferência ou restituição ilícita com violação do direito de guarda, a restituição da criança será determinada e nos casos que versem sobre a violação do direito de visita, promove-se o acesso à criança.

Outra particularidade chama a atenção, pois dificulta a aplicação da Convenção e consiste na necessidade de reconhecimento da adesão do Brasil através da declaração de vontade de outro Estado. Somente assim pode existir eficácia do texto normativo internacional em comento; pois para que haja a cooperação requerida na norma é necessário que as partes envolvidas no litígio tenham-se aceitado mutuamente através de reconhecimento a fim de doravante os mesmos serem considerados titulares de direitos e deveres.

Do que se percebe, a Convenção de Haia de 1980 carece de regulamentação que a torne efetiva através da criação de medidas e instrumentos capazes de permitir a sua exequibilidade com o alcance da proteção do bem jurídico por ela tutelado.

A flexibilidade permitida pelo artigo 2º da Convenção abre espaço para que cada Estado contratante promova os meios que julgar adequados e necessários, com a criação de normas internas garantidoras do direito fundamental de qualquer criança ao convívio familiar sadio e harmonioso.

## **2 O SEQUESTRO NA PERSPECTIVA DA CONVENÇÃO DE HAIA E DO DIREITO BRASILEIRO**

Demonstrar que a conduta descrita na Convenção de Haia de 1980 possui distinções em relação ao seqüestro tipificado pelo Código penal brasileiro é um dos escopos deste capítulo. A contextualização entre o Direito Penal e a Constituição Federal brasileira é outro ponto de debate; assim como o exame da proteção conferida pelo Direito Penal ao instituto da família, já que a proteção dessa guarda estreita relacionada à Convenção objeto de estudo deste estudo.

### **2.1 Sequestro Internacional de Crianças de acordo com a Convenção de Haia de 1980**

Na busca de propostas para a melhoria da Convenção a fim de atribuir-lhe a eficácia desejada, imperioso se faz uma crítica acerca da terminologia seqüestro empregada pela tradução brasileira, como também é salutar o esclarecimento sobre a conduta ilícita descrita pela regra internacional em discussão para aferir se nosso Código Penal impõe punição àquela.

Seguindo essa linha de pensamento, cumpre anotar que a garantia dos direitos da criança é tema de grande relevância no cenário internacional, bem como no interno. Especificamente no direito supra-estatal é numerosa a produção de tratados e convenções para a proteção dos direitos acima citados; emergindo os mesmos de diferentes organizações internacionais como a ONU (Organização das Nações Unidas), Organização dos Estados Americanos (OEA) e Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Destaque-se, neste estudo, a Convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças, produzida em Haia no ano de 1980 e que busca a cooperação internacional entre os seus países signatários a fim de enfrentar o deslocamento ilícito internacional de crianças.

Apesar do direcionamento da Convenção para tratar dos aspectos civis do seqüestro internacional de crianças, não há impedimentos para a análise também das repercussões penais que se apresentam como o objetivo principal desta pesquisa.

A proposta de criminalização da conduta do seqüestro internacional de crianças encontra fundamento na proteção ao convívio familiar, e, em consequência, ao direito de guarda e visita dos pais para com seus filhos, assegurado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal brasileiro, como será comprovado.

Como restou demonstrado acima, o que se procura regular com o instrumento internacional em destaque é a conduta em geral, de pais que retiram seus filhos de sua residência usual – sem a concordância do outro genitor – em que estes podem ter um convívio familiar regular e os leva ilicitamente para outro Estado privando-os dessa convivência.

Gustavo Monaco assim descreve a situação ensejadora da aplicação da Convenção:

[...] a patologia relativa à liberdade de locomoção das crianças começa quando se verifica a subtração do contato do infante com um dos genitores ou representante legal, imposta unilateralmente pelo outro ou por um deles (de forma ilícita, portanto), e pode decorrer, ainda, da subtração do contato de ambos os genitores imposta por outro parente, como um avô, um tio, um irmão etc.<sup>22</sup>

Demonstrada que a conduta do “sequestro” é praticada em regra pelo pai ou pela mãe da criança, não excluindo a participação de qualquer parente, resta analisar tal denominação trazida pela Convenção de Haia.

A tradução para a língua portuguesa do título da Convenção fez com que a nomenclatura “sequestro internacional” fosse empregada no texto brasileiro. No entanto, é nítida a inadequação do termo haja vista a reação que a palavra causa, pois que está ligada à conduta delituosa das mais detestáveis e repulsivas.

Como não se trata de comportamento que vise à obtenção de lucro e que não é praticada por terceiros, mas por parentes (dentre estes, o pai e a mãe) não se justifica o emprego do termo “sequestro”, já que o Código Penal legitima e acolhe nominalmente duas espécies de sequestro, estas registradas nos seus artigos 148 e 249 que não trazem em seu conteúdo a descrição da conduta prevista pela Convenção. Tanto que não há repetição do mesmo ao longo de todo o texto da norma internacional que trata do seqüestro de crianças, como bem elucida Jacob Dolinger:

[...] o termo ‘sequestro’, (‘abduction’ em inglês, e também ‘kidnapping’, como se vê no título da legislação específica dos Estados Unidos – o Parental Kidnapping Prevention Act de 1980) é um tanto chocante, pois dá a impressão de tratar-se da remoção de crianças por terceiros, para fins de ganho material, quando, em verdade, se trata do deslocamento de uma criança por um dos pais, que a afasta da posse do outro pai, incumbido da guarda do menor, ou, então, da não devolução da criança – levada por um pai para um período de visitação – uma vez concluído o respectivo termo. Tanto não se trata de sequestro que a Convenção da Haia de 1980, cujo título se refere ‘aos efeitos civis do sequestro internacional das crianças’, não

---

<sup>22</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do. JUBILUT, Liliansa Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 463.

repete este termo em nenhum dos seus dispositivos, referindo-se, ao longo de seu texto à 'remoção' e 'retenção'.<sup>23</sup>

Ainda segundo comentários à Convenção, extraídos do *site* do STF – Superior Tribunal Federal, países como a França e Portugal adotaram termos diferentes do sequestro e que encontram previsão legal nas suas legislações internas. Assim, 'enlèvement' é empregado na França significando retirada ou remoção e em Portugal se utiliza o termo 'raptó'. Já no Brasil, vale-se do termo sequestro, que não corresponde ao tipo com previsão no Código Penal brasileiro, o que gera discussões e falta de entendimento a respeito.<sup>24</sup>

Dessa forma, para que se quedem as dúvidas melhor seria uma reformulação no título da Convenção em comento para uma mais perfeita adequação quanto aos termos utilizados.

Constata-se, como dito, que a terminologia aplicada não corresponde a nenhum tipo legal previsto na legislação pátria. Ainda assim, se faz oportuno um melhor esclarecimento do tipo em questão na busca da melhor forma para denominá-lo.

No artigo 3º da Convenção de Haia de 1980, encontra-se o tipo descrito da transferência ou da retenção ilícita de uma criança quando tenha havido violação do direito de guarda no local de residência habitual da criança ou quando esse mesmo direito de guarda preconizado estivesse sendo exercido de forma efetiva.

Assim, demonstrado que a conduta tipificada pela Convenção no artigo supra mencionado trata-se de deslocamento ilícito ou retenção indevida, imperioso se faz analisar o tipo penal do sequestro no Código Penal brasileiro, bem como outros tipos assemelhados para que se faça a clara distinção entre eles e o tipo previsto na Convenção de Haia.

## 2.2 Direito Penal e Constituição

No atual estágio do Direito qualquer que seja o tema debatido, independente do ramo desta ciência a ser considerado, é imprescindível a análise da importância dos princípios e valores constitucionais como base fundamental de todo o ordenamento jurídico, pois que os ditos princípios são os reitores internos da Política Criminal, da Criminologia e do Direito

---

23 DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional**. A Criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 236.

24 CONVENÇÃO Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convençãohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvenção>>. Acesso em: 15 jan 2010.

Penal como explicam Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes<sup>25</sup>.

Ao se falar em princípios, deve-se atentar para o fato de que, a partir do pós-positivismo, empregou-se a estes a normatividade que, até então, somente se atribuíam as regras e passou-se a diferenciá-los de forma qualitativa.

Assim, os princípios não encerram regras de condutas específicas, mas ao seu turno, consagram valores ou apontam o intento público a ser perseguido através de diferentes possibilidades.<sup>26</sup>

Corroborando o que fora exposto, Robert Alexy assim leciona:

[...] princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Regras contêm, portanto determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.<sup>27</sup>

Nessa linha de pensamento encontra amparo o novo modo de se perceber a Constituição, notadamente a partir da metade do século XX quando esta passou a ser consagrada como suprema e informadora do Direito como um todo, funcionando como instrumento de validação e compreensão das demais normas jurídicas.

Pode-se dizer que doravante o Direito passou a buscar na Constituição sua fonte de legitimação, sendo tal fenômeno denominado de constitucionalização do direito.

Corroborando tal entendimento, Luis Pietro Sanchis assim descreveu tal fato:

Em suma, a lei tem deixado de ser a única fonte suprema do direito racional que pretendia ser de outro tempo, e talvez este seja o sintoma mais visível da crise da teoria positivista do direito, moldada em torno dos dogmas da soberania e da legalidade da lei. Mas, certamente, a necessidade de renovação é mais profunda, de modo que o constitucionalismo está dirigindo uma nova teoria do direito, cujas características mais marcantes podem ser resumidas em cinco posições, expressivas de orientações ou linhas de evolução: princípios mais do que regras; ponderação mais que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos mínimamente relevantes, ao invés de espaços livres em favor da opção legislativa; onipotência judicial ao invés da autonomia do legislador ordinário e, finalmente, a convivência plural de uma constelação de valores, às vezes tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade

<sup>25</sup> BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

<sup>26</sup> <sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Título Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2007, p. 214.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das opções legislativas sucessivas.

Para Dirley da Cunha Jr, a questão acima enfocada se traduz na mudança de padrão provocada pelo neoconstitucionalismo que inaugura uma nova teoria jurídica consagradora da Constituição e do princípio da constitucionalidade como vetores de orientação e interpretação de todo o sistema jurídico nacional, haja vista sua “força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa”.<sup>28</sup>

A constitucionalização do Direito está ligada à ampliação das normas constitucionais, cujo conteúdo se irradia por todo o sistema jurídico. A validade das normas de direito infraconstitucional está sujeita às regras e princípios constitucionais. Observa-se a influência de tal fenômeno também na atuação dos poderes estatais e também nas relações privadas.<sup>29</sup>

Infere-se nesse contexto que o Direito Penal deve ser analisado em consonância com o Direito Constitucional e seus princípios informadores, motivo pelo qual se destaca a ligação entre esses dois ramos do direito que se interceptam, sobretudo para promover a proteção das liberdades individuais. Funcionando tal assistência aos direitos e garantias individuais como limitadora da atuação estatal punitiva e como asseguradora de direitos fundamentais.

O entendimento de Susanna Pozzolo confirma o raciocínio acima apresentado:

[...] em face do novo quadro constitucional, no qual os direitos fundamentais constituem o *ethos* democrático, supõe-se que a análise das relações entre o componente estrutural de procedimentos formais e materiais que embasa a normatividade constitucional e a temática que envolve o modelo procedimentalista de democracia está vinculada à exigência da construção de uma metodologia jurídica rigorosa que esteja constituída sob a égide do princípio democrático [...].<sup>30</sup>

A influência dos valores constitucionais se faz presente no Direito Penal à medida que este protege os bens jurídicos tidos como mais relevantes para a manutenção da organização social. Impende ressaltar que tais bens jurídicos de singular importância são justamente protegidos pela Constituição. Percebe-se que a norma penal busca no texto constitucional os bens jurídicos que serão objeto de sua tutela, tanto para impor regras de criminalização tanto quando houver desrespeito aos ditos bens.

<sup>28</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 39.

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Título Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 215-216.

<sup>30</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 56.

Nesse sentido, Luiz Luisi assim escreve:

[...] é nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo aos penalistas, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal.<sup>31</sup>

Sob essa ótica da valorização constitucional, vislumbra-se o Direito Penal como parâmetro para os limites da liberdade individual e como possibilidade de propiciar a liberdade individual desde que esta sofra algum tipo de ofensa oriunda do próprio Estado ou de particulares.<sup>32</sup>

Portanto, é nessa perspectiva de uma ordem jurídica constitucionalizada, fruto do Estado Democrático de direito, no qual todo o ordenamento jurídico deve estar balizado pela Constituição, e no Brasil especificamente pela Constituição de 1988, que serão analisados o Direito Penal e os tipos penais objeto de exame como proposto anteriormente.

### 2.3 Sequestro segundo o Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Código Penal brasileiro, ao tratar dos crimes contra a liberdade pessoal, deixa claro que esta compreende as modalidades de liberdade física e psíquica. Portanto, o Direito Penal protege o direito de locomoção (ir, vir e permanecer), bem como o direito de manifestação livre da vontade de cada indivíduo.

Novamente se faz necessário demonstrar praticamente que o Direito Penal tornou-se constitucionalizado, pois que a proteção à liberdade é explicitada no *caput* do artigo 5º da Constituição e se reflete ao longo dos incisos de tal artigo.

Deve ser entendido o direito à liberdade, conforme lição de Paulo Bonavides, como direitos de primeira geração que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu

---

<sup>31</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2003, p. 172.

<sup>32</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2003, p. 173.

traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.<sup>33</sup>

Seguindo na mesma linha de pensamento, Norberto Bobbio assevera:

[...] as liberdades civis, protótipo das liberdades negativas, são liberdades individuais, isto é, inerentes ao indivíduo singular: com efeito, são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado; filosoficamente, são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico.<sup>34</sup>

Contextualizando sobre a verdadeira liberdade, o autor acima citado a descreve como uma liberdade livre de interferências de terceiros que não seja o próprio sujeito do querer. Requer a positividade da autodeterminação. Nesse passo, a ação é tida como livre, se isenta de impedimentos.<sup>35</sup>

Na seara penal, Flávio Augusto Monteiro de Barros assim conceitua a liberdade individual:

[...] a liberdade individual consiste no poder de autodeterminação da vontade. É o complexo de faculdades jurídicas que permite à pessoa conduzir-se no mundo exterior de acordo com a própria vontade, longe do arbítrio do Estado e do acesso indesejado de outras pessoas.<sup>36</sup>

Entendimento semelhante é observado por Heleno Cláudio Fragoso para quem a liberdade individual é tida

[...] sob o prisma jurídico, não como concepção abstrata de um bem natural preexistente à constituição da sociedade politicamente, mas, tão-somente, como o complexo de condições necessárias ao desenvolvimento das atividades em que se manifesta a personalidade humana, sendo expressão e atributo da mesma.<sup>37</sup>

E mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, a partir da qual observamos o fenômeno do neoconstitucionalismo já acima destacado, Heleno Cláudio Fragoso já afirmava, no ano de 1981, que “a tutela da liberdade individual inscreve-se, modernamente, como garantia constitucional, que remonta à revolução francesa e à

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563-564.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 57.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 69

<sup>36</sup> HUNGRIA, Nelson apud BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 217.

<sup>37</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial**: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 212.

independência americana”<sup>38</sup>. Dessa forma, continua o autor, “sanciona, portanto, a lei penal, de certa forma, a proteção jurídica já outorgada pela Constituição Federal”.<sup>39</sup> Demonstrando, assim, que a ligação entre esses dois ramos do Direito sempre fora estreita, necessitou-se apenas mais tarde (a partir da Constituição Federal de 1988) de uma nova hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro informada pelos princípios constitucionais.

Merece registro o caráter subsidiário dos delitos contra a liberdade individual, em que se inclui o sequestro, assim, pode-se perceber que “são tais crimes subsidiários, como geralmente sucede com os outros que compõem o presente capítulo do Código; desde que o fim delituoso não seja a lesão da liberdade, outro crime surgirá, ainda que esse interesse jurídico também tenha sido lesado”.<sup>40</sup>

No que pertine ao tipo penal do sequestro, este encontra disciplina no artigo 148 do Código Penal, que guarda íntima relação com o artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, pois que o primeiro pune a privação de liberdade, enquanto que o segundo garante a livre locomoção no território brasileiro.

Vale a transcrição dos artigos acima debatidos para que seja melhor vislumbrada a temática abordada, conforme o Código Penal, art. 148:

Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:  
 Pena – reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos,  
 § 1º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:  
 I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;  
 II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;  
 III – se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias;  
 IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;  
 V – se o crime é praticado com fins libidinosos  
 § 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:  
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.  
 Constituição Federal, artigo 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
 [...]  
 XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

<sup>38</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 212.

<sup>39</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 213.

<sup>40</sup>NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, V.2, p. 155.

Registre-se que o sequestro é classificado doutrinariamente como crime comum, havendo a possibilidade de qualquer pessoa figurar como sujeito de tal delito, seja no polo ativo (agente), seja no polo passivo (vítima); não sendo exigida, para tanto, nenhuma condição ou qualidade particular.

Porém, sendo o sujeito ativo funcionário público (atendendo ao que prescreve o artigo 327 do Código Penal) que pratique o delito no exercício da sua função, incorre em crime de abuso de autoridade, conforme tipificado na Lei nº 4.898/65; atendendo ao princípio da especialidade. Assim também quem privar outrem de sua liberdade recolhendo-o à prisão, sem que haja ordem escrita de autoridade competente, conforme preceitua o artigo 350 do Código Penal.

Também com o intuito de proteção da liberdade, merece menção o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006, que trata da proteção do direito de locomoção da mulher, garantindo a elas direito à saúde psicológica e à autodeterminação. Assim, a restrição do direito de locomoção das mulheres inseridas num contexto de violência doméstica e familiar é tida como agressão psicológica.

Da mesma forma merece destaque o artigo 28 da Lei nº 7.170/83, que trata o sequestro ou o cárcere privado praticado contra o Presidente da República, do Senado Federal, da câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal motivado por inconformismo político como delito contra a segurança nacional.<sup>41</sup>

Persiste a discussão doutrinária sobre a possibilidade de os incapazes e os impedidos (seja em decorrência de uma enfermidade, seja pelo fato de ser portador de necessidades especiais) exercer o seu direito de liberdade e figurar como sujeito passivo do sequestro.

Sabe-se que a tutela penal recai sobre a liberdade de locomoção, no entanto, não se pode olvidar que a liberdade psíquica também figura como desdobramento da liberdade antes apontada, pois que a vontade e o livre arbítrio para que se possa escolher para onde e quando locomover-se deve ser protegida pelo direito penal. Se assim não fosse, não haveria a liberdade de movimento de forma plena.

Ao tratar do bem jurídico tutelado pelo delito do sequestro, Cezar Roberto Bitencourt esclarece que:

[...] protege-se, na verdade, o livre gozo da liberdade, que não é destruída ou eliminada tanto com o cárcere privado quanto com o sequestro: seu exercício ou livre gozo é que fica suprimido; cessada a privação, o sujeito passivo volta a gozá-la livremente, em toda a sua plenitude. A liberdade, no sentido

---

<sup>41</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal** – Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

em que é protegida, nesse dispositivo, consiste na possibilidade de mudança de lugar, sempre e quando a pessoa queira, sendo indiferente que a vontade desta dirija-se a essa mudança. É suficiente que a possibilidade exista, sendo irrelevante a vontade de mudar. Aliás, a valoração da liberdade violada opera-se por meio de critério puramente objetivo, sendo irrelevante que o ofendido tenha conhecimento de que a sua liberdade pessoal está sendo violada.<sup>42</sup>

Sob essa ótica, conclui-se a respeito das crianças e dos doentes mentais e dos que são vitimados por doenças graves ou que se encontram em situação de paralisia é que eles podem, sim, ser sujeitos passivos do crime previsto no artigo 148 do Código Penal, haja vista que a impossibilidade de expressão da vontade não significa ausência desta, bem como o impedimento de locomover-se sozinho também não a exclui. Doutro ponto, o exercício do direito da liberdade corpórea realizado sob a ajuda ou cuidados de qualquer tipo, apenas sofre limitações, o que não significa a não existência da liberdade em questão.

Ainda, no que concerne ao fato da falta de discernimento da privação de liberdade, como pode ocorrer com a criança de tenra idade, os doentes mentais e os que se encontrem em estado de coma, permanece a probabilidade de serem estes sujeitos passivos do sequestro, pois que, em primeiro plano, não se pode alegar tal fato para legitimar um comportamento delituosa e, num segundo momento, há que ser considerada a hipótese da locomoção acontecer por outros meios e que a conduta do sequestro lhes retira. Posicionamento idêntico pode ser encontrado na lição de Magalhães Noronha quando afiança que “a capacidade de entendimento só tem relevo quando se trata do consentimento do ofendido”.<sup>43</sup>

Resta anotar que a pessoa jurídica não poderá ser sujeito passivo do sequestro, pois que se torna impossível a privação da sua liberdade de locomoção.

O senso comum acerca do sequestro nos remete sempre à idéia de subtração de alguém de algum lugar para outro de onde não se possa sair. No entanto, há que se deixar claro que o delito acima descrito possui a forma livre, ou seja, permite um número infinito de modos de sua execução. Pode até mesmo ser caracterizado quando houver a diminuição da liberdade já restringida ou em casos de omissão que enseja a privação do direito de locomoção.

Percebe-se que a liberdade individual é tutelada pelo Direito Penal de forma cautelosa, pois que, mesmo já havendo a sua restrição, ainda assim será considerado crime a diminuição do que já fora retirado da vítima conforme já trazido anteriormente. A esse respeito,

---

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

<sup>43</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, V.2, p.168.

Magalhães Noronha escreve: “não deixa de ser passível do delito a pessoa que já tem restrição de liberdade, sempre que a ação dirigida contra ela lese ainda mais esse direito, v.g., acorrentar um preso, tirando-lhe a liberdade de locomoção que o regulamento presidiário lhe faculta.”<sup>44</sup>

De forma mais detalhada, Cezar Roberto Bitencourt explica que, em se tratando de crime que possui a natureza permanente, o sujeito passivo pode incorrer nesse tipo penal desde que consiga reduzir a liberdade da vítima que já esteja em situação de privação da mesma.<sup>45</sup>

Destaque-se, além disso, que a privação de liberdade não comporta somente o aprisionamento da vítima, mas também a impossibilidade de esta locomover-se e isso pode ocorrer de diversas formas. Por tal motivo, como ensina Magalhães Noronha,

[...] a possibilidade de o ofendido escapar, fugir, dirigir-se etc., para outro lugar onde recupere sua liberdade, há de ser entendida em sentido relativo, isto é, se há perigo para ele, se não o pode fazer por ignorância, se não lhe é exequível por circunstâncias que o humilhariam etc., existe o delito.<sup>46</sup>

Esclareça-se que o delito será configurado ainda que a vítima não se encontre totalmente impedida de locomover-se ou de se retirar do local para o qual foi levada pelo sujeito ativo, bastando sua incapacidade de afastar-se sem incorrer em grave risco ou emprego de energia incompatível com as suas forças; bem como se obstáculo que lhe impede a fuga apresentar-se por demais dificultoso diante de sua inexperiência, ou, ainda, se aquela não conhecer as condições do local onde se encontra.

Já se falou da variedade dos meios executórios, fazendo-se oportuno elencar alguns exemplos segundo Luiz Regis Prado, que acentua que o agente “pode valer-se da violência física, da grave ameaça ou da fraude, ou optar pela sugestão hipnótica, pelo uso de entorpecentes ou inebriantes. É possível que o delito seja praticado inclusive por omissão”.<sup>47</sup>

O tipo penal do sequestro exige o dolo como elemento subjetivo, não havendo, portanto, a punição do mesmo sob a modalidade culposa. A vontade livre e consciente de privar alguém de sua liberdade se faz imprescindível, razão pela qual o erro sobre a ilicitude do fato é causa de exclusão do delito.

<sup>44</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, V.2, p.168.

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391.

<sup>46</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, V.2, p. 169.

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249, 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 268.

Registre-se, também, que o consentimento da vítima, desde que esta seja capaz para tanto e que perdure durante todo o lapso temporal da privação de liberdade, exclui o delito. Porém, é imprescindível que a dignidade da pessoa humana não seja violada, bem como qualquer preceito de Direito Público; não podendo, dessa forma, a privação de liberdade atingir bens indisponíveis. Para Luiz Regis Prado, mesmo havendo consentimento do titular do bem jurídico, não se afasta a perspectiva da ocorrência de excessos quando da execução ou do meio empregado para tanto restar configurado abuso de qualquer ordem.<sup>48</sup>

A partir do instante em que o agente priva a vítima de locomover-se por si só, tem-se como consumado o crime de sequestro. Para os que necessitam de algum apoio que lhes possibilite a locomoção, retirados os mesmos, também se encontra aí o momento da consumação do delito em tela.

Continua o embate doutrinário a respeito do tempo de duração da privação da liberdade para caracterizá-la como sequestro. O que não deixa dúvidas é o fato de que o crime é de natureza permanente e ocorre o término do momento consumativo quando a vítima retoma a sua liberdade.

A respeito do tempo de duração do sequestro, Rogério Sanches Cunha apresenta duas correntes:

- 1) a primeira ensina ser irrelevante o tempo de privação, configurando-se o delito a partir do momento em que a vítima teve subtraído seu direito de locomoção, pouco importando se por tempo mais ou menos longo (RT 742/613 e 731/564);
- 2) a segunda exige que o tempo seja juridicamente relevante, sendo a privação momentânea mera tentativa (ou um constrangimento ilegal – art. 146 CP). Nesse sentido, RT 551/324 e 504/312.<sup>49</sup>

Ao final, o autor conclui que o lapso temporal em que a vítima teve a sua liberdade privada não constitui elemento fundamental para compor o crime, importa apenas enquanto qualificadora deste, caso o cerceamento da liberdade se prolongue por mais de 15 (quinze) dias.<sup>50</sup>

De outra forma, para Luiz Regis Prado, “é preciso que o sequestro ou cárcere privado perdure por lapso temporal considerável, isto é, que sua duração seja mais ou menos

---

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 267.

<sup>49</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

<sup>50</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

prolongada. Se instantânea a privação da liberdade, é possível que a conduta do agente constitua constrangimento ilegal (art. 146, CP) ou sequestro tentado”.<sup>51</sup>

Havendo motivos alheios à vontade do agente após o início da execução do delito e que o impeça de privar a vítima do seu direito de locomover-se, diz-se que houve a tentativa.

Incide como qualificadora do delito em tela o fato de a vítima ser ascendente, descendente ou cônjuge do agente, havendo, nesse caso, violação do dever familiar. Interessante notar a não admissão da analogia quanto à interpretação dos atores transcritos, sendo taxativo o rol indicado pelo § 1º, inciso II, do artigo 148. Assim, não se admite interpretação extensiva a fim de acrescentar outras possibilidades na qualificadora como o padrasto ou genro do agente.

Anota Rogério Sanches Cunha que, na qualificadora acima descrita, não importa seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, possibilitando incidir a qualificadora ao parentesco resultante da adoção; o que não caracteriza em ampliação das hipóteses que, como já foi dito, fazem parte de rol taxativo.<sup>52</sup>

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt exprime opinião contrária à anteriormente apresentada, posicionando-se pela não inclusão das figuras do pai ou filho adotivo, genro, nora, padrasto ou madrasta, pois que a previsão da norma que é repressiva não acolhe qualquer possibilidade de expansão do rol nela descrito; sendo, portanto, *numerus clausus*. Fundamenta o autor a sua opinião no fato de que o Direito Penal tem como orientador o princípio da tipicidade, o que requer previsão legal e específica das condutas a serem criminalizadas.<sup>53</sup>

A inclusão da relação adotiva como possível na qualificadora em estudo não significa a extensão do rol descrito no inciso I, § 1º do artigo 148, do Código Penal. Em nada afeta o princípio da legalidade e não deixa de ser *numerus clausus* tal enumeração. A norma penal fala em filhos, não em filhos legítimos ou havidos biologicamente. Não há nenhuma menção a tal exigência, nem tampouco qualquer qualificativo.

Não há margem para interpretação que poderia fazer incorrer o aplicador da lei em arbitrariedade, e, sim, a aplicação desta somente como se encontra prevista; e tal previsão

---

<sup>51</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 270.

<sup>52</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal** – Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.101.

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392.

inclui a figura do filho assim legalmente reconhecido. Mantidas estão, portanto, a segurança jurídica e a garantia individual.

É bem verdade que a lei penal define o delito através de seus princípios informadores, no entanto, fica a cargo da Constituição Federal e do Direito Civil a delimitação do conceito de filiação, e assim o fizeram:

Artigo 227, § 6º, da Constituição Federal – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Artigo 1626 do Código Civil – A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Ainda dispõe o artigo 41 do Estatuto da criança e do Adolescente: “a adoção atribui condição de filho ao adotado, com os mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Note-se a situação de igualdade estabelecida constitucionalmente com a proibição de designações discriminatórias referentes ao estado de filiação. Segundo Válder Kenji Ishida, a pretensão legislativa é de “exterminar a odiosa diferença entre filho natural e filho adotivo”.<sup>54</sup>

Bem assim ocorre com a interpretação do que seja união estável, buscando-se, dessa forma, o reconhecimento legal desse instituto para aplicá-lo ao Direito Penal. Como se vê, não são hipóteses de interpretação aberta de tais institutos, mas a aplicação destes da forma como já foram reconhecidos positivamente.

Raciocinar diferente é negar toda a evolução do Direito, bem como o fenômeno da constitucionalização demonstrado alhures e aqui especificamente observado na aplicação do princípio da igualdade. Ratificando o exposto, Alberto Jorge Correia de Barros Lima:

[...] o ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de **critério interpretativo**, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Assim, pairam superiores sobre as regras. Apontando a direção e mostrando o sentido a partir do qual devem ser compreendidas as outras normas, a violação dos princípios, conforme ficou assentado em passagem já clássica na literatura jurídica nacional, é bem mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, pois desatender a um princípio significa não apenas ofender a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio

<sup>54</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

atingido, pois significa insurgência contra todo o sistema e corrosão de sua estrutura principal.<sup>55</sup>(Grifo no original)

Considerando os envolvidos nessa qualificadora, Luiz Regis Prado esclarece que esta encontra a sua fundamentação na violação dos deveres familiares<sup>56</sup> e

[...] visto que, em razão do princípio da reserva legal, não pode haver interpretação extensiva *in malam partem*. Cuida-se de circunstância qualificadora que atua sobre a magnitude do injusto, já que é maior o desvalor da ação em virtude da infração dos deveres de solidariedade e assistência inerentes à relação de parentesco.<sup>57</sup>

Além disso, pode ser considerada como qualificadora a circunstância de ser o crime praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital. Obviamente por meio de meio fraudulento, a vítima é internada sem que possua qualquer enfermidade para que tenha sua liberdade de locomoção cerceada e aparentemente revestida tal conduta de licitude. Anote-se que a participação do médico ou diretor do hospital os faz responder também pelo delito em debate.

Considerando que a restrição do direito de locomoção é por demais penoso, obviamente quanto mais tempo se permanecer nessa situação, mais cruel se torna o delito. Daí que, se a privação de liberdade ultrapassar o limite de 15 (quinze) dias a serem contados a partir do instante da privação de liberdade da vítima até a sua libertação, reflete num aumento da pena.

Sendo o crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos, tem-se aquele como qualificado, pois que, se tal conduta praticada em face de um adulto já causa repulsa, sendo a vítima uma criança, a situação torna-se odiosa. Deve-se considerar, nesse aspecto, que a criança e o adolescente são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento físico e mental e que, portanto, requerem um tratamento que lhes confira absoluta prioridade no respeito aos seus direitos e garantias.

Havendo a supressão da liberdade de criança ou adolescente a partir do delito do sequestro, certamente interferirá em seu processo de formação, uma vez que poderá vitimá-los de forma mais profunda que a um adulto, acarretando-os sequelas duradouras.

---

<sup>55</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público**. Alagoas, n. 6: 13-19, jul/dez 2001, p. 24-25.

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 270.

<sup>57</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 270.

O crime sexual de rapto, antes previsto no nosso Código Penal em seus artigos 219 e 220, após a Lei nº 11.106/2005, transformou-se em qualificadora do delito de sequestro, descrito no inciso IV do § 1º desse mesmo artigo. Privar a liberdade de locomoção de outrem com o intento libidinoso constitui conduta grave tendo em vista que a vítima vê cerceada a sua liberdade de locomoção e a sua liberdade sexual. Situação esta que lhe impõe sofrimento acentuado, pois, além de não poder locomover-se como lhe aprouver e não poder autodeterminar-se, ainda tem sua honra aviltada uma vez que o sujeito ativo do delito tem como finalidade a obtenção de prazeres sexuais, o que implica desrespeito à sua dignidade e decoro pessoal.

Da mesma forma que o decurso do tempo, como já exposto, agrava a pena haja vista o sofrimento imposto à vítima, infere-se que o mesmo raciocínio deve ser aplicado quando resultar a esta grave sofrimento físico ou moral em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção.

Por maus tratos, segundo lição de Luiz Regis Prado, entende-se como:

[...] a conduta que provoca ou que seja apta a provocar acentuada lesão à integridade física ou psíquica, ou à saúde da vítima (v.g., privação de alimentos, agasalho ou higiene pessoal; sujeição ao escárnio ou a tratamento humilhante etc.). A natureza da detenção, por sua vez, refere-se às condições materiais do local onde o sujeito passivo é alojado (v.g., local sujo, infectado, sem ventilação, promíscuo etc.) ou da forma como é feita a privação da liberdade (v.g., a vítima é acorrentada, algemada, amordaçada etc.).<sup>58</sup>

Resultando de tal conduta lesão corporal ou morte, ocorre o concurso material do artigo 129 ou artigo 121 com o sequestro. Por outro lado, se tal sofrimento físico for meio de execução de outro delito, exclui-se a presente qualificadora para que não ocorra o *bis in idem*.

No que diz respeito à pena aplicada ao delito do seqüestro, observa-se a reclusão de um a três anos na figura simples, incidindo uma das agravantes descritas no tipo do artigo 148 do Código Penal, a pena será de reclusão de dois a cinco anos. Já a ação penal é pública incondicionada.

Demonstrou-se, a partir da análise do tipo penal do sequestro, que este não guarda qualquer relação com a transferência ou retenção ilícita de uma criança prevista no artigo 3º da Convenção de Haia de 1980. Cabe considerar que o tipo previsto na referida Convenção

---

<sup>58</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 270.

versa sobre a remoção de crianças por um dos seus pais ou parentes da sua residência habitual, não havendo privação de liberdade da criança, mas um afastamento do seu convívio familiar frequente já que a mesma é levada para outro país.

No tipo previsto na Convenção de Haia, não há que se falar em aprisionamento ou privação da liberdade da criança, pois que esta, mesmo retirada do seu meio usual de convívio, não perde o seu direito de locomoção, continua vivendo de forma normal, no entanto, sem desfrutar da presença e do convívio de um dos seus pais, já que para um deles o direito de guarda e visita é retirado.

Então, no aspecto da Convenção de Haia, não há a violação do bem jurídico da liberdade individual da criança, mormente no seu direito de locomoção, uma vez que permanece a autodeterminação da vontade nesse sentido.

Nem mesmo a qualificadora do sequestro que aborda a situação do crime ser praticado contra descendente faz com que a situação descrita na Convenção de Haia encontre aí o seu fundamento. O dever familiar, nesse caso, é desrespeitado não para privar o sujeito passivo do seu direito a um desenvolvimento sadio principalmente do ponto de vista psicológico, que é proporcionado a qualquer criança quando esta não passa por uma ruptura em sua estrutura familiar, mas o dever familiar aqui é observado no sentido de privação de liberdade daqueles com quem se tem um dever maior de proteção e laços subjetivos de confiança estabelecidos.

Para que se reste comprovada a impropriedade do termo sequestro, já tendo sido este alvo de análise, cabe agora uma comparação deste com os demais tipos penais assemelhados constantes no Código Penal e demais legislações.

#### **2.4 Do sequestro e outros Tipos Penais Assemelhados: Distinções**

Buscando a enumeração dos tipos penais assemelhados ao sequestro para que possamos elucidá-lo de forma completa e procurar a distinção entre tais tipos e aquele previsto no artigo terceiro da Convenção de Haia de 1980, deve-se dar início a tal estudo comparativo a partir da figura penal do cárcere privado.

O próprio artigo 148 do Código Penal não estabelece diferença entre esses delitos quando em seu enunciado os trata de forma indistinta. Do que se conclui que pode haver a privação da liberdade de alguém seja por sequestro ou por cárcere privado, o que serve como

critério diferenciador entre eles é o modo empregado. Aníbal Bruno citado por Rogério Sanches Cunha explica:

[...] de dois modos se pode exercer sobre a vítima essa privação da liberdade que consiste em anular ou reduzir a sua capacidade de mover-se livremente de um para outro lugar: o sequestro e o cárcere privado. O sequestro é a forma geral dessa espécie punível, da qual o cárcere privado é um modo particular da execução, que se distingue porque nele a detenção da vítima se faz em recinto fechado, dentro de um aposento, no interior de uma casa, donde não lhe é permitido sair. O sequestro executa-se por qualquer modo que consista em pôr o indivíduo em situação de não poder locomover-se livremente. A vítima pode ficar estritamente presa, atada a um tronco, amarrada de pés e mãos, retida dentro de um aposento isolado.<sup>59</sup>

É de fácil percepção que o cárcere privado encerra uma situação de maior sofrimento para a vítima, pois se trata do confinamento da mesma em recinto fechado, impondo-lhe um *plus* ao tormento de já possuir naquele instante a sua liberdade reduzida. Ainda, havendo a crueldade do confinamento, anote-se que a pena é a mesma aplicada ao sequestro, restando ao magistrado considerar tal circunstância quando da imposição da pena. Até porque a despeito da distinção feita pela doutrina, a lei trata o sequestro e o cárcere privado como expressões sinônimas de uma mesma conduta delitiva.

O delito de constrangimento ilegal também se apresenta muito próximo das figuras do sequestro e do cárcere privado, posto que também tutela a liberdade individual em seus desdobramentos de liberdade física e psíquica. Buscando proteger a vontade livre de cada indivíduo como também a sua liberdade de locomoção. Difere do tipo penal do sequestro porque a sua tipicidade se alberga no constrangimento que usurpa a vontade alheia e submete a vítima aos ditames do agente, vendo esta sua capacidade de manifestação restringida ou obstada.<sup>60</sup>

Aqui o que se pretende é coagir o sujeito passivo do delito para que este através da coação sofrida pratique conduta contrária à lei. Diferente do seqüestro, em que o indivíduo tem sua liberdade de locomoção reduzida, aqui prepondera a liberdade de autodeterminação do indivíduo.

Nas palavras de Flávio Augusto Monteiro de Barros o constrangimento ilegal se traduz como “a coação empregada para compelir a pessoa à prestação de ato ou abstenção de fato,

---

<sup>59</sup> BRUNO, Anibal apud CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal** – Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99 -100.

<sup>60</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 270.

fora dos casos em que a lei autoriza, constitui violação ao princípio da legalidade, dando ensejo à configuração do delito de constrangimento ilegal.<sup>61</sup>

Em seguida, merece evidência o artigo 159 do Código Penal que tipifica a extorsão mediante sequestro e segundo Rogério Greco pode ser identificado através dos elementos: “a) privação da liberdade de alguém; b) especial fim de agir, caracterizado pela finalidade do agente de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”.<sup>62</sup>

Ainda pontua, o mesmo autor, que o artigo 159 o qual tipifica o delito em tela quando trata de qualquer vantagem, em verdade, deve ser considerada vantagem que tenha algum valor econômico, de outro modo estar-se-ia tratando de outra figura penal. Ademais, o tipo em questão se encontra inserido nos crimes contra o patrimônio, conforme o título II do Código Penal.<sup>63</sup>

Protege-se nessa figura delitiva de forma mais evidente o patrimônio, mas como se trata de delito complexo, resultado da composição de diversas figuras típicas cabe mencionar que a liberdade individual e, como consequência, a integridade física e psíquica também podem ser considerados como bens jurídicos tutelados por tal norma penal.

Interessante anotar a opinião de Alberto Silva Franco acerca da maior severidade imposta ao delito de extorsão mediante sequestro:

[...] a Lei 8.072/90, atendendo ao contagiante clima psicológico de pavor criado pelos meios de comunicação social e aos interesses imediatos de estratos sociais privilegiados, seguiu, com rigor, a tendência ideológica já denunciada. Com as alterações redacionais introduzidas pelas Leis 9.269/96 e 10.741/2003, o tipo da extorsão mediante sequestro apresenta, na atualidade, em relação à figura criminosa composta por ocasião do Código de 1940, uma evidente exacerbação punitiva o que pode ser denotado pelo sensível incremento sofrido pelo mínimo punitivo que lhe era atribuído. Assim, a pena privativa de liberdade, relativa ao tipo básico, foi elevada de seis para oito anos e teve um acréscimo, em ritmo crescente, de quatro anos em relação a cada um dos dois primeiros parágrafos e de oito anos, no tocante ao terceiro parágrafo do art. 159 do Código Penal. Destarte, enquanto a pena mínima da extorsão mediante sequestro de que resulte lesão corporal grave à vítima representa o dobro da pena mínima do tipo básico, a cominação referente à extorsão mediante sequestro de que resultou a morte da vítima significa o triplo da pena mínima mencionada no tipo fundamental [...] O exagero punitivo é flagrante, denotando o inequívoco objetivo

---

<sup>61</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 222.

<sup>62</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, V.3, p. 116.

<sup>63</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, V.3, p. 117.

ideológico de dar proteção especial aos segmentos mais afortunados da sociedade brasileira.<sup>64</sup>

Resta nítido que o delito de extorsão mediante sequestro pertence à categoria dos crimes hediondos que podem ser entendidos como aqueles que causam um dano maior à sociedade tendo em vista o bem jurídico atingido e que, por isso, são punidos com maior severidade.

Figura típica recém criada através da Lei nº 11.923/2009, o sequestro relâmpago altera o artigo 158 do Código Penal para acrescentar-lhe o § 3º com a seguinte redação:

§ 3º - se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Percebe-se quem, pela inclusão apontada, o sequestro relâmpago figura como uma das possibilidades do delito de extorsão e requer, como elemento indispensável, a restrição da liberdade da vítima que deve servir de condição para a obtenção da vantagem econômica.

Prosseguindo na proposta da distinção dos tipos penais assemelhados ao sequestro, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em capítulo que trata dos crimes, disciplina a privação ilegal da liberdade de criança ou adolescente, em seu artigo 230, que versa em privar a criança ou o adolescente de seu direito de locomoção, sem que haja a situação do flagrante de ato infracional ou não exista ordem escrita da autoridade judiciária competente.

Cláudia Canto Condack descreveu tal delito como a possibilidade de se tolher a liberdade do adolescente por meio comissivo e sua consumação é observada quando a apreensão se dá por lapso temporal considerável. Em se tratando de crime de natureza permanente, este prossegue até o momento em que o adolescente readquirir a liberdade. Por sua vez, a modalidade culposa é inculpada no parágrafo único do artigo 230 e se configura com a apreensão do adolescente em desrespeito às formalidades impostas. Registre-se o caráter doloso das figuras descritas acima, ressaltando que a modalidade culposa não encontra previsão e se admite a tentativa quando na modalidade culposa.<sup>65</sup>

A liberdade física da criança ou do adolescente se traduz no bem jurídico protegido por tal dispositivo estatutário, podendo figurar como sujeito ativo do delito tanto a autoridade

---

<sup>64</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 332-333.

<sup>65</sup> CONDACK, Cláudia Canto. *In*: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – Aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 852- 853.

responsável pela apreensão, seja policial civil ou militar, quanto qualquer pessoa que execute a aludida apreensão.

Do mesmo modo no Estatuto já apontado os artigos 234 e 235 prosseguem protegendo a liberdade física na possibilidade de haver omissão na liberação de criança ou adolescente ilegalmente apreendido e descumprimento injustificado de prazo legal.

A omissão em deixar de ordenar a imediata liberação da criança e do adolescente, normalmente vinculada ao cometimento de algum ato infracional, configura o tipo objetivo do delito tipificado no artigo 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo lição de Válter Kenji Ishida<sup>66</sup>. Acrescenta, ainda, o mesmo autor que o elemento subjetivo “consiste no dolo, ou seja, na vontade livre e consciente de que a criança ou o adolescente esteja custodiado ilegalmente e omitir em sua liberação”.<sup>67</sup>

Por sua vez, o artigo 235 pode ser entendido como o descumprimento por autoridade de prazos fixados em lei para, de qualquer forma, beneficiar o adolescente privado de sua liberdade.

Por conseguinte, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a previsão legal de um sequestro *sui generis*, pois que aplicado somente a uma categoria distinta, qual seja, criança e adolescente como sujeitos merecedores de absoluta prioridade na proteção dos seus direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito à liberdade.

Realizada a distinção proposta entre a figura penal do sequestro e os tipos com ele assemelhados, podendo ser estes entendidos como os que têm por diretriz a proteção da liberdade individual como bem jurídico, percebe-se que em nenhum momento vislumbrou-se a figura típica do artigo 3º da Convenção de Haia de 1980 inserida nas figuras delitivas objeto de exame.

Finaliza-se, conseqüentemente, tal comparação destacando que a transferência ou a retenção ilícita consagrada no diploma internacional em comento se reflete na violação ao direito de guarda ou de visita e em nada se intercepta com os tipos penais até aqui estudados posto que não há restrição da liberdade de locomoção da criança, nem tampouco confinamento desta. Ainda não há que se falar em cerceamento da liberdade de querer e agir no intuito de que se pratique conduta contrária à lei.

---

<sup>66</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2009, p. 406.

<sup>67</sup> Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 407.

Da mesma forma no contexto da transferência ou retenção ilícita descrita anteriormente não se insere a possibilidade da privação da liberdade mediante vantagem econômica, muito menos a restrição da liberdade da criança infratora. Do que se compreende que é imperioso sopesar tal discussão sob a perspectiva do direito de família considerado em sua vertente penal.

## 2.5 A Proteção da Família no Código Penal Brasileiro

O Código Penal brasileiro, em seu título VII, intitulado dos crimes contra a família, busca a proteção desse instituto a fim de mantê-lo incólume frente às possibilidades de desarmonia que poderiam ensejar o seu enfraquecimento diante da sociedade.

De tal modo se protege o casamento punindo a bigamia e há uma preocupação com a regular formação da família, daí que são puníveis também as condutas de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e o conhecimento prévio de impedimento. Aliada à regular formação da família, a ordem jurídica matrimonial deve ser observada, o que caracteriza a simulação de autoridade para celebração de casamento e a própria simulação de casamento como figuras delitivas.

Na proteção do estado de filiação, o Código Penal criminalizou as condutas de promoção no registro civil da inscrição de nascimento inexistente, como também a conduta de dar parto suposto como próprio e ainda suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Anote-se também o delito de sonegação do estado de filiação.

A assistência familiar é contemplada no conjunto de normas penais de proteção à família quando da proibição do abandono material; entrega de filho menor à pessoa inidônea; abandono intelectual e moral.

Já o capítulo IV do Título VII do Código Penal, anteriormente referenciado, traz à baila os crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela e descreve os tipos penais de induzimento à fuga, entrega arbitrária e sonegação de incapazes, bem como a subtração de incapazes. O primeiro amparando o poder familiar, a tutela ou a curatela e o segundo a própria família e, mais especificamente, a guarda de menores e interditos.

Cabe anotar que a nomenclatura “pátrio poder” insculpida no Código Penal se faz imprópria, haja vista a lição de Paulo Lôbo:

[...] o poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de

poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltem os deveres.<sup>68</sup>

Importante salientar que a mudança de paradigma imposta à família modernizou o instituto do antigo pátrio poder, hoje poder familiar, que afasta o modelo de família patriarcal do direito romano. Reconhece-se, atualmente, a partilha entre os pais dos deveres inerentes a seus filhos de uma forma igualitária. Situação já reconhecida pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 21, como afirma Kátia Regina Maciel.<sup>69</sup>

Infere-se que o objeto de tutela do Código Penal é a manutenção da família como instituto assegurador do desenvolvimento regular de seus membros. Como discorre Pietro Perlingieri, a família se traduz como “a formação social, garantida pela Constituição, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”.<sup>70</sup>

Conforme Beatrice Marinho Paulo:

[...] família é o grupo de pessoas a quem o indivíduo é vinculado por laços afetivos e sentimento de pertencimento, que lhes servem de referência primeira na construção de sua personalidade, e a quem se pressupõe que ele possa recorrer, em caso de necessidade material ou emocional.<sup>71</sup>

Nessa conjuntura de proteção à família e aos institutos a ela ligados, interessa o estudo da figura da subtração de incapazes como garantidora do direito de guarda e mais especificamente o direito fundamental à convivência familiar. Nessa linha de raciocínio, busca-se a proximidade dessa figura do tipo penal com a conduta descrita na Convenção de Haia.

A subtração de incapazes prevista no artigo 249 do Código Penal brasileiro como já dito, e agora nas exatas palavras de Rogério Sanches Cunha, protege “a regular manutenção da família, no que diz respeito à guarda de menor ou interdito”.<sup>72</sup>

Trata-se de crime comum, daí a possibilidade de qualquer pessoa poder figurar como sujeito ativo de tal delito. Porém, existe a previsão do §1º que faz com que pai, tutor ou curador também possam ser sujeitos ativos do delito em tela.

<sup>68</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153.

<sup>69</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – Aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

<sup>70</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

<sup>71</sup> PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, out-nov 2009, Ano XI, nº 12, p. 61.

<sup>72</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal** – Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 281.

Sobre o parágrafo adiante descrito, Rogério Greco, em seu “Código Penal comentado” assinala que “os pais só podem ser sujeito ativo do crime definido no art. 249 do CP quando destituídos ou temporariamente privados do pátrio poder (TACrim/SP, Rel. Valentim Silva, JUTACrim. 22/189).<sup>73</sup>

O sujeito passivo do presente delito é aquele que detém o incapaz sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, bem como o próprio menor ou interdito subtraído. A retirada do incapaz da convivência familiar regular, ou seja, da companhia dos pais, tutor ou curador; ou ainda, de quem a lei ou autoridade judicial lhe tenha confiado, constitui a conduta punida pela lei penal.

Sendo delito de execução livre, permite ser praticado sob várias formas. Também é delito subsidiário e, diferentemente do seqüestro, não leva em conta o consentimento da vítima para a exclusão da ilicitude, devido à incapacidade do sujeito passivo e a indisponibilidade do bem jurídico tutelado.

O tipo subjetivo encontra seu fundamento no dolo que requer a vontade consciente de subtrair o menor ou interdito de quem detenha a sua guarda. Consuma-se o delito com a retirada do menor da convivência de quem a lei ou a autoridade judicial tenha outorgado a guarda. E em se tratando da tutela de um bem jurídico indisponível, é consequente a conclusão de que a ação penal é pública incondicionada e a competência para seu processo e julgamento é do Juizado Especial Criminal por se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

Luiz Regis Prado chama atenção para o fato de

[...] que não incorre no delito em exame, mas, sim, eventualmente, naquele inculpado no artigo 359 (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), o cônjuge separado judicialmente que subtrai o filho menor daquele que o tem sob sua guarda em virtude de ordem judicial.<sup>74</sup>

Válido também anotar que pode ocorrer a extinção da punibilidade pelo perdão judicial, tratando-se de direito subjetivo do réu, caso aconteça a restituição do menor ou interdito ou se não houve a imposição de maus-tratos ou privações.

---

<sup>73</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 621.

<sup>74</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.2, p. 784.

Anote-se a reprodução literal do artigo 249 do Código Penal quando da produção do artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da subtração, porém motivada pelo fim de colocação da criança em lar substituto.

Nitidamente, algumas semelhanças entre a figura delitiva da subtração de incapazes do artigo 249 do Código Penal e o artigo 3º da Convenção de Haia de 1980 são percebidas. Num primeiro instante, o resguardo ao direito à convivência familiar regular e harmônica através do respeito ao direito de guarda se faz presente nas duas figuras típicas retro mencionadas. No entanto, os requisitos da parentalidade e da internacionalidade só pertencem à conduta descrita na Convenção.

A subtração consignada na Convenção de Haia é elucidada por Gustavo Ferraz de Campos Monaco nos seguintes termos:

[...] entende-se por subtração, à luz da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, tanto a retirada de uma criança do poder de quem exercia a sua guarda, tenha essa guarda sido determinada por lei *ipso facto* ou decisão judicial ou administrativa, como a não devolução da criança ao poder de quem de direito, após um período no qual a criança exercia o seu direito de visitar e ser visitada por seu genitor, criando-se, inclusive, mecanismo de cooperação judiciária internacional que visa ser mecanismo concomitante de acesso aos poderes públicos do Estado envolvido no pedido de busca e apreensão de menores sob sua jurisdição.<sup>75</sup>

Todavia, guardadas as devidas semelhanças, elucide-se que não há a regulamentação dos aspectos criminais da Convenção. Depois, a mesma trata de subtração de criança em que o agente é sempre um parente – seja pai, mãe ou qualquer outro parente próximo e a questão aqui se resolve no âmbito civil com o retorno da criança à sua residência habitual.

De outro lado, na subtração de incapazes, como visto, há a criminalização da conduta, inclusive com a imposição de pena de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos de detenção e não necessariamente a subtração ocorre numa relação parental.

O que não se pode negar é que há um forte ponto de contato entre as condutas apresentadas no que pertine ao direito à convivência familiar através da manutenção do direito de guarda.

O artigo 9º, inciso I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança regulamenta:

---

<sup>75</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto. JUBILUT, Liliana Lyra (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 463.

[...] os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.<sup>76</sup>

Em seguida, a Constituição Federal, em seu artigo 227, assegura a convivência familiar como um direito fundamental inerente a toda a criança e adolescente e, conseqüentemente, fora normatizado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 e seguintes.

Entendida então como direito fundamental, a questão da convivência familiar se torna essencial para conferir dignidade na medida em que funcionam tais direitos como informadores da atuação estatal, bem como garantidores de posições conferidas pelo ordenamento jurídico, pontualmente pela Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, como a própria nomenclatura aponta, são aqueles sem os quais o indivíduo não seria capaz de sobreviver em sociedade. Tais direitos são imprescindíveis, posto que garantidores da dignidade da pessoa humana, uma vez que funcionam como parâmetro para conferir a igualdade nas relações jurídicas.

Para Daniel Sarmento, os direitos fundamentais são entendidos da seguinte forma:

[...] os direitos fundamentais incorporam uma relevante dimensão moral à ordem jurídica, exigindo do Estado e da sociedade em geral a adoção de um tratamento digno em relação a cada pessoa humana. A gramática dos direitos fundamentais, com fundas raízes na ordem constitucional brasileira, baseia-se na idéia de que todos devem ser tratados como seres livres e iguais, e de que o Estado e a ordem jurídica devem ser estruturados de forma a respeitar e a promover este inarredável imperativo ético.<sup>77</sup>

Vislumbra-se a importância e a necessidade dos direitos fundamentais a fim de conferir, aos atores da relação familiar, as premissas fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a liberdade e a dignidade. No tocante à criança, o que se busca é evitar um dano irreparável à sua estrutura mental quando esta se vê privada da possibilidade de conviver harmoniosamente no seio da sua família, já que se trata de direito subjetivo fundamental que lhe assiste.

---

<sup>76</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 895.

<sup>77</sup>SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.269.

Nessa acepção, Silvia Faber Torres contextualiza a atuação dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes consequência e demarcando os efeitos gerados para o seu titular, através da ‘teoria do status’ explicada da seguinte forma:

[...] o status negativus dos direitos fundamentais imprime-lhes uma característica defensiva a ponto de fazê-los reconhecerem-se como ‘direitos negativos’ ou ‘direitos de defesa’. Ele significa, essencialmente, o poder de autodeterminação do indivíduo, vale dizer, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado, que teria, nessa dimensão, o dever de abstenção, mantendo-se, pois, afastado da esfera de liberdade individual.<sup>78</sup>

Por seu turno, o “status positivo” se reveste da característica de “proteção da esfera de segurança jurídica do indivíduo e, de forma também intensa, na garantia do mínimo existencial”<sup>79</sup>

Dessa forma, é direito subjetivo fundamental de qualquer cidadão exigir prestações do Estado devendo este garantir condições mínimas de sobrevivência ao ser humano, como também exigir tais prestações de particulares, haja vista serem as mesmas asseguradas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional; sendo também direito subjetivo fundamental a autodeterminação individual, ou seja, a liberdade do indivíduo exercida como lhe aprouver, desde que limitada pela lei.

De forma conclusiva, o que se torna claro é o fato de que a manutenção da dignidade humana é condição essencial nas relações familiares. Portanto, da comparação realizada entre a Convenção de Haia de 1980 e os dispositivos do Código Penal anteriormente estudados, apesar de não haver a compatibilidade de condutas, o que se pode perceber é que a liberdade, a dignidade e a convivência familiar são condições primeiras para o desenvolvimento sadio e regular de qualquer criança. E, como visto, são estas prestações devidas pelo Estado, podendo os seus titulares exigir o seu efetivo cumprimento.

Sendo a dignidade da pessoa humana, ponto importante a ser defendido, cumpre anotar o pensamento de Ana Paula de Barcellos que considera que “terá respeitada sua

---

<sup>78</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In: GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.772.

<sup>79</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In: GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.776.

dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.<sup>80</sup>

De tal modo, deve-se atentar para o fato de que as novas configurações sociais principalmente oriundas do processo de globalização permitem o surgimento de novas perspectivas no campo jurídico, o que enseja a produção de normas a fim de juridicizar tais fatos sociais. Ainda devem ser contempladas as possibilidades de existência de normas assegurando direitos e garantias, que não obstante deixam de ser observadas. Num e noutro caso, a dignidade da pessoa humana como bem jurídico fundamental resta desrespeitada. Situação mais gravosa se tratarmos de uma categoria que merece uma atenção diferenciada como as crianças.

É nesse conceito de proteção aos direitos das crianças principalmente no que toca ao respeito à regra internacional da Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças possibilitando às mesmas um desenvolvimento moral, intelectual e espiritual digno que prosseguiremos o estudo do presente trabalho

---

<sup>80</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128.

### 3 DIREITO PENAL E BEM JURÍDICO

O capítulo que ora se apresenta discorre acerca da função do Direito Penal como regulador da vida social que, a partir do caráter preventivo, pode auxiliar na inibição do cometimento de delitos.

Analisa-se, ainda, o enquadramento do convívio familiar como bem jurídico-penal sendo fator de garantia da dignidade dos membros da família, uma vez que se demonstra a importância de tal bem jurídico fundamental.

#### 3.1 A função do Direito Penal e a Proteção do Bem Jurídico

O Direito Penal atuando como regulador da vida social alcança, com suas sanções, comportamentos considerados reprováveis pela sociedade, pois que são estes danosos e comprometem o próprio desenvolvimento da mesma, posto que afeta bens jurídicos que lhe são necessários para a própria sobrevivência.

Zaffaroni conceitua Direito Penal nos seguintes termos:

[...] o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou interpretação) da legislação penal.<sup>81</sup>

Assim, do conceito de Direito Penal adiante demonstrado, mormente em seu primeiro sentido, é de fácil percepção que sua função consiste na proteção de bens jurídicos considerados indispensáveis à proteção do indivíduo e da sociedade.

Todavia, o Direito Penal congrega outras finalidades que não somente a punitiva, uma vez que mesmo através da punição se faz nítido que o objetivo central é a prevenção, impedindo que as condutas humanas aconteçam em desconformidade com o Direito. Essa pretensão também se alcança com a intimidação que os tipos delitivos causam bem como a indução à obediência a valores éticos que impedem que a conduta proibida seja praticada.

---

<sup>81</sup> PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

Considerando, outrossim, a opinião de Francisco de Assis Toledo a respeito do Direito Penal, este o analisa sob o seu caráter limitado primeiro pela subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos e segundo pela condicionante da sua intervenção somente quando houver importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. Senão vejamos:

[...] e aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar-se ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.<sup>82</sup>

Esclareça-se que, na afirmação acima, o autor não nega a autonomia do Direito Penal, mas o insere no ordenamento jurídico de forma harmoniosa e demonstra os limites da sua atuação.

Seja numa atuação preventiva ou repressiva, quando houver desrespeito a bens que implique ameaça à paz social ou desrespeito a valores individuais, importa destacar que o Direito Penal protege tais bens jurídicos. E os bens para serem classificados como jurídicos devem ser importantes ao Direito a ponto de este imprimir-lhe tal valoração e protegê-los.

O bem jurídico, para Welzel, explica-se como um bem essencial ou individual que é protegido em virtude do seu significado para a manutenção da ordem social. Pode-se apresentar sob vários aspectos como “objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal, ou uma situação real, ou uma ligação vital, ou relação jurídica, ou ainda um comportamento de terceiro”. Resta claro, pois, que a garantia da ordem social contra lesões constitui o cerne do bem jurídico.<sup>83</sup>

Para Claus Roxin, os bens jurídicos são entendidos como:

[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

<sup>83</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19

Nas palavras de Luiz Regis Prado, o bem jurídico “implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.<sup>85</sup>

Nesse sentido, importa destacar que a proteção aos bens jurídicos proporciona a segurança jurídica, uma vez que possibilita a fixação de limites legais a fim de que cada um possa dispor de seus direitos sem implicar desrespeito a direito de outrem.

A relevância do bem jurídico pode ser delineada pelo fato de este funcionar como limitador à atuação Estatal punitiva, no que impede a tipificação de condutas que não sejam graves e, assim, provoquem lesão a bens jurídicos fundamentais. Por outra via, percebe-se, também, a sua função garantidora posto que assegura a tutela de valores importantes para a sociedade e para o indivíduo. Prosseguindo as considerações acerca da utilidade do bem jurídico, pode-se citar, ademais, a sua atuação quando da mensuração da pena e a própria interpretação do tipo penal.

Novamente buscando a lição de Zaffaroni, conclui-se pelo caráter diferenciador do Direito Penal, que é “o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador”.<sup>86</sup>

Por sua vez, Heleno Cláudio Fragoso encontra a função do Direito Penal na realização da defesa social e, segundo o autor, para que esta se realize, é necessária a tutela jurídica que o doutrinador em referência define como o meio através do qual se impõe uma pena desde que haja o desrespeito à norma que existe com a função de proteger um bem jurídico. Através da aplicação da pena ao agente que infrinja a norma, espera-se que a intimidação penal funcione como inibidora de tal conduta.<sup>87</sup>

O Direito Penal atua, portanto, para preservar o bem comum através do controle social, no instante em que elege bens jurídicos como objeto de sua tutela posto que considerados os mais importantes e fundamentais para a convivência em sociedade, como a vida humana, a integridade física, a honra, o patrimônio, a família entre outros, a fim da manutenção da paz social com a proteção dos ditos bens. Através da imposição das sanções, o

---

<sup>85</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55- 56.

<sup>86</sup> PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99

<sup>87</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 04.

Direito Penal consegue reforçar no coletivo social o valor dos bens jurídicos por ele protegidos, inibindo a prática de condutas delitivas.

Acerca do controle social como função do Direito Penal, é esclarecedora a visão de Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes:

[...] só um eficaz sistema de controle social garante a conformidade do indivíduo bem como sua submissão às normas de convivência (disciplina social), dirigindo, desse modo, os processos de integração (muitas vezes, satisfatoriamente). Inclusive (e sobretudo) a moderna sociedade pós-industrial – que é uma sociedade, por definição, pluralista e conflitiva – necessita, também, exercer seu domínio sobre os indivíduos que a integram, prevendo uma enorme gama de mecanismos que assegurem a conformidade destes às suas normas.<sup>88</sup>

Infere-se que o Direito Penal possibilita o controle social, no momento em que, protegendo e garantindo direitos por ele tutelados, orienta a sociedade através da imposição de regras de conduta. Nesse contexto, pode-se compreender que a questão do bem jurídico pressupõe a valoração pelo Direito de situações sociais que necessitam de proteção a fim de que a paz social possa ser mantida. No entanto, nem todo bem jurídico requer a tutela específica do Direito Penal, mas o que dela necessita pode ser classificado como bem jurídico penal.

### 3.2 Bem Jurídico Penal e a Proteção da Pessoa Humana

A temática do bem jurídico já entendido como imprescindível para promover a tutela de determinados direitos inerentes à sociedade e ao indivíduo, uma vez que se traduz na valoração pelo Direito de certos objetos ou fatos sociais importantes ao convívio em coletividade, já restou demonstrada e, nesta oportunidade, cabe esclarecer que o bem jurídico protegido pelo Direito Penal visa exatamente “a livre convivência e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, buscando sua fundamentação na Constituição Federal onde (Sic) também encontra as suas raízes materiais.”<sup>89</sup>

Considerando que o Direito Penal é ciência que se fundamenta também nos fatos sociais experimentados pelos indivíduos e que necessitam de sua regulamentação, encontra-se

<sup>88</sup> BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

<sup>89</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – arts. 1º a 120**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

aí o relevo do bem jurídico, uma vez que tal ciência não pode existir dissociada da realidade que a motiva.

Enfatizando novamente que a proteção dos bens jurídicos penais encontra fundamentação exatamente na Constituição Federal, conseqüentemente, os bens jurídicos fundamentais consagrados na nossa Lei Maior devem merecer a tutela penal; caso contrário, não teríamos uma Ciência Penal embasada nos ditames do Estado Democrático de Direito.

Rudolphi, aqui citado por Luiz Regis Prado, argumenta a respeito da proteção de bens jurídicos fundamentais pelo Direito Penal, como adiante se vê:

[...] os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Adverte ele que o Estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função viva), indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar.<sup>90</sup>

Entendido que o bem jurídico penal deve amparar-se na Constituição Federal, urge ressaltar a proeminência da pessoa humana no texto constitucional, grifando-se que o Estado Democrático de Direito é consagrador da dignidade da pessoa humana, sendo princípio constitucional do qual o Direito Penal não se pode furtar à sua proteção. Entendido dessa forma, vale destacar que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”.<sup>91</sup>

O Estado Democrático de Direito, até então evocado, merece ser esclarecido, ocasião em que se busca lição de Gilmar Ferreira Mendes para quem o Estado Democrático de Direito assume o caráter de organização política, expressando o poder que deriva do povo e é exercido de forma direta ou por representantes que são escolhidos conforme os ditames constitucionais; mediante processo de eleições com voto direto e secreto. Levando-se em conta a relação do Estado com o indivíduo, pode-se considerar este democrático à medida que garante aos seus cidadãos o exercício dos direitos que lhe são inerentes. <sup>92</sup>

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 45.

<sup>91</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In: GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.143.

<sup>92</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

Como também constitui o cerne da discussão, cabe ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana não se encontra preso a nenhum contexto histórico ou social, está sempre sujeito à evolução do homem e da sociedade, não podendo ser considerado um direito estanque.

E o que se percebe é que, a partir da evolução do constitucionalismo, adveio uma nova forma de interpretação deste, ao passo que o seu alcance foi ampliado também para a esfera privada. Ou seja, o poder público deixa de ser o único transgressor das normas garantidoras da dignidade humana, passando o particular também a figurar como violador de direitos fundamentais.

Denota-se, também, que, na relação Estado e indivíduo, não se pode prescindir da tutela da dignidade da pessoa humana, sem a qual os demais direitos fundamentais restariam desrespeitados. E ainda que seja tema diretamente ligado ao Direito Constitucional, nele também se insere a questão penal – observada a constitucionalização do direito como um todo - e a proteção da já citada dignidade da pessoa humana também alcança o *status* de bem jurídico penal, uma vez que determinadas normas penais elegem em seu tipo o amparo de bens que consagram a respeitabilidade de valores imperiosos à coexistência humana em seus aspectos individual e social.

Nessa acepção, busca-se o entendimento de Ana Cristina Costa Meireles para quem “os direitos fundamentais são densificações normativas do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>93</sup>; a partir do que se demonstra, mais uma vez, que este requer a tutela jurídica e mais especificamente a tutela penal.

Encontram o poder estatal e a sociedade como um todo, justamente na dignidade da pessoa humana os contornos de sua atuação, bem como os deveres que lhe são impostos e estes se aplicam particularmente ao Estado. Ou seja, é esse princípio basilar aqui objeto de discussão, orientador e norteador de todo o ordenamento jurídico nacional; pelo que não se pode vislumbrar a possibilidade de norma infraconstitucional que não o abrigue. Em assim sendo, a Ciência Penal também cumpre o seu papel quando legisla em favor da pessoa humana, e tal atividade pode ser percebida em várias normas penais.

Acerca dos papéis desempenhados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vale anotar a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet:

---

<sup>93</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: JusPodium, 2008, p. 38.

[...] é justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Com tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.<sup>94</sup>

Observadas as funções limitadoras e prestacionais do princípio da dignidade da pessoa humana, imperioso se faz demonstrar a aplicação prática destas na seara penal, principalmente no que toca à produção legislativa. Destarte, quando da produção legislativa penal o princípio em destaque atua de forma limitadora definindo os contornos da lei a ser produzida que, em nenhuma hipótese, poderá suprimir direitos e garantias que conduzam a uma situação digna do ser humano.

Corroborando o entendimento apresentado, tem-se que a legitimidade da criminalização ou tipificação de condutas encontra fundamento se constituir o meio necessário para a tutela e um bem jurídico lesado.<sup>95</sup>

Por outro lado, a função prestacional se propaga na atuação positiva do poder público perante o indivíduo quando do desempenho de seu papel estatal a fim de oferecer-lhe proteção aos bens jurídicos fundamentais ante os possíveis agravos de terceiros e do próprio Estado. A proteção aqui contemplada além das prestações positivas do Estado também se manifesta quando o este legisla tutelando os ditos bens jurídicos fundamentais, pois que, de qualquer forma, o resultado é a proteção desses bens que, invariavelmente, resulta na consagração da dignidade humana.

Demonstrada a relação entre a proteção do bem jurídico penal e a dignidade da pessoa humana, a lição de João Paulo Gavazza de Mello Carvalho se faz esclarecedora, vejamos:

[...] a dignidade da pessoa humana, portanto, depende da proteção e garantia dos direitos fundamentais sem os quais a mesma não se realiza. E neste contexto, o Direito Penal, enquanto instrumento de tutela dos bens jurídicos

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.32.

<sup>95</sup> CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. *In*: SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: JusPodium, 2007, p. 295.

essenciais ao homem, assume a missão constitucional de resguardo da dignidade humana, razão pela qual sua aplicação prática nunca pode se desvincular da sua matriz constitucional.<sup>96</sup>

Nesse contexto, o autor acima citado encontra na correlação adiante demonstrada o princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana, já que o valor supremo intrínseco à dignidade humana exerce autoridade sobre todo o ordenamento jurídico, não podendo as normas infraconstitucionais estar dissociadas de tal princípio e dos valores por ele informados.

Inegável o caráter informador do princípio da dignidade da pessoa humana, norteando o Direito Penal, seja quanto à limitação legislativa, seja no aspecto da promoção de bens jurídicos fundamentais. Corrobora-se a supremacia do princípio em comento, podendo-se afirmar que, além das funções já apontadas, ainda atua como meio de interpretação de todo o ordenamento jurídico e como meio de atuação do poder público e dos indivíduos.

Nesse diapasão, cabe ao Direito Penal a proteção de bens e valores essenciais à livre convivência, sempre inspirado pela questão constitucional. A partir do que se infere que é inerente, tanto à Constituição Federal quanto ao Direito Penal, a proteção de bens jurídicos essenciais à existência humana digna. Nesse instante, em razão do objeto de estudo demarcado, fixam-se apenas as possibilidades de tutela constitucional e penal.

Seguindo nessa esteira de pensamento e delimitando ainda mais este estudo, observemos que a proteção de bens jurídicos fundamentais inerentes à família e às crianças merece amparo legal tanto do Direito Constitucional quanto do Direito Penal. A Constituição Federal, em seu artigo 226, dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Como complemento, o seu parágrafo sétimo preceitua que

[...] 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 e privadas.

Ainda nos ditames constitucionais o artigo 227 anota que

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

<sup>96</sup> CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: JusPodium, 2007, p. 285- 286.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na seara penal, os artigos 235 a 249 do Código protegem a família tutelando bens jurídicos como o casamento; o estado de filiação; a assistência familiar; o pátrio poder, a tutela e a curatela. Importa salientar que o objeto de tal proteção se fundamenta na proposta de manutenção de uma ordem familiar sadia e harmoniosa, podendo conferir, aos seus integrantes, uma convivência pacífica, com igualdade em direitos e a manutenção do respeito mútuo, ao tempo em que se garantem os direitos fundamentais de cada um.

### **3.3 O direito à Convivência Familiar como Bem Jurídico-penal**

Considerando que o foco deste estudo é a proteção da criança transferida ou retida ilicitamente nos termos da Convenção de Haia de 1980, impossível iniciar discussão acerca do direito à convivência familiar que lhe é inerente, sem antes elucidar a fonte de tal instituto.

Buscando a evolução histórica e social dos direitos das crianças, é na legislação internacional que se encontra o seu fundamento, pois que a doutrina dos direitos humanos alcança realce através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na qual a valorização da família, da comunidade, bem como os interesses e anseios da sociedade se fazem presentes.

Fica evidente a preocupação com a família já no preâmbulo da aludida Declaração na qual se lê: “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.<sup>97</sup>

Ainda no âmbito das Nações Unidas, no ano de 1959 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos da Criança que possibilitou uma quebra de paradigmas até então estabelecidos na questão da infância. Tal instrumento jurídico causou mudanças significativas no que respeita à proteção de direitos dessa categoria de pessoas e que, doravante, tiveram que ser implementados pelas nações signatárias da aludida Declaração.

---

<sup>97</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.) **Coletânea de Direito Internacional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 773.

A prioridade absoluta conferida à criança bem como o fato de considerá-las sujeito de direito foram as principais conquistas trazidas pela Declaração Universal dos Direitos da Criança. Some-se a isso a promoção ao respeito em todos os seus aspectos, no que se traduz em conferir dignidade aos destinatários da dita Declaração.

Corroborando a mesma linha de pensamento, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos no ano de 1989 promoveu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança que, dentre outros direitos, consagra como eixo principal desse instrumento jurídico internacional os princípios da não-discriminação; do interesse superior da criança; da participação e livre expressão da criança e da obrigação de implementar.

A universalidade é aplicada no princípio da não-discriminação, estabelecendo que não deva haver discriminação quanto à nacionalidade, pois que os Estados Partes da Convenção devem proteger toda e qualquer criança sob a sua jurisdição. Já o interesse superior da criança consiste na manutenção do equilíbrio na relação da criança com a família, a sociedade e o Estado, onde os seus direitos e necessidades são colocados em primeiro plano. Nesse sentido, cabe ressaltar o enfoque dado pela a Convenção à convivência familiar, que pode ser traduzido nos seguintes artigos:

Artigo 5 – Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

Artigo 9 – Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...] Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Artigo 10 – [...] A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais [...]

Artigo 11 – Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 894-896.

Resta nítida a proteção conferida pela Convenção ao convívio familiar e a responsabilidade dos Estados Partes em garantir e promovê-lo, bem como atuar na reestruturação familiar quando necessário.

Ainda, quanto aos princípios orientadores da Convenção, o princípio da participação confere à criança a possibilidade de se expressar, principalmente quando em processos judiciais ou administrativos, no que desta forma, se faz integrante do princípio do interesse superior da criança.

Por fim, a obrigação de implementar se traduz na obrigação dos Estados Partes em executar as determinações da Convenção em sua jurisdição, valendo-se, para tanto, de todos os recursos disponíveis, bem como da cooperação internacional.

Todas as modalidades de direitos previstos na Convenção, seja de natureza civil, social ou política, transformam o compromisso assumido internacionalmente em obrigações positivas dos Estados signatários que devem, por meio de uma intervenção ativa, fornecer e garantir tais direitos, instrumentalizados na forma de bens ou serviços.

A respeito da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, percebe-se que a esta assegura um conjunto de direitos exigíveis em face do Estado e que, ao final, o interesse superior da criança deve ser considerado na perspectiva de assegurar à criança tudo o que lhe seja mais favorável. Nesse sentido, os direitos elencados se complementam com o objetivo maior de conferir dignidade aos destinatários desse instrumento jurídico, principalmente através da convivência familiar, que, conforme demonstrado, é direito que norteia a Convenção.

O Brasil ratificou essa Convenção em 1989, obrigando-se ao seu cumprimento. Ao mesmo tempo, no ano de 1988, a nossa Carta Constitucional, inspirada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração Universal dos Direitos da Criança, positivou os artigos 227, 228 e 229. O artigo 227 da Constituição Federal, já adiante demonstrado, assegura o direito à convivência familiar de forma explícita.

Observando a contextualização do instituto da família com a Lei Maior, Fabíola Santos Albuquerque assim identificou tal fenômeno:

[...] perante o texto constitucional, a família é a base da sociedade, independentemente do tipo de arranjo familiar em que se revela. A Constituição é uma regra de inclusão, e a família, na atualidade, tem como

função prestante a realização e o desenvolvimento de todos os seus membros, na condição de sujeitos de direito dotados de dignidade.<sup>99</sup>

Posteriormente, as disposições contidas na Constituição sobre a família foram regulamentadas através da Lei 8069 de 13 de julho de 1990, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Considerado um microsistema resultado da união do movimento social, dos agentes jurídicos e dos agentes das políticas públicas, o Estatuto revela uma nova configuração social e política do Brasil, pois que afasta os resquícios do regime ditatorial e implanta uma nova realidade jurídica para crianças e adolescentes que pela primeira vez alcançam o *status* de sujeitos de direitos.

Corroboram tal entendimento as palavras de Kátia Regina Maciel nos seguintes termos:

[...] o termo “estatuto” foi de todo próprio, porque não é apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil. É norma especial com extenso campo de abrangência, enumerando regras processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, em suma, todo o instrumental necessário e indispensável para efetivar a norma constitucional.<sup>100</sup>

A criança e o adolescente, com o advento do Estatuto, saem da égide da Doutrina da Situação Irregular, vigente até então no Brasil e ganham o amparo da Doutrina da Proteção Integral. Vale esclarecer que a primeira doutrina citada considerava a infância somente no seu aspecto da irregularidade, ou seja, importava apenas ao Estado enquanto criança ou adolescente pobre e/ou marginalizado. Assim se configurava tal doutrina por seu caráter filantrópico e assistencial através de uma gestão centralizada pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a Doutrina da Proteção Integral como bem enuncia a denominação, garante direitos a toda a categoria de pessoas classificadas como crianças ou adolescentes, independente de qualquer outra qualidade. Trata-se agora de uma questão de política pública

<sup>99</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodium, 2010, p. 38.

<sup>100</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – Aspectos teóricos e práticos. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.9.

que deve ser instrumentalizada com o fim de proporcionar aos infantes todos os direitos que lhe são inerentes. E para que tal Doutrina possa lograr êxito, se fazem co-responsáveis o Estado, a família e a sociedade.

De forma mais particularizada, atendo-se a questão da convivência familiar, já fora demonstrado que o artigo 227 da Constituição Federal faz menção expressa a tal direito como sendo fundamental; haja vista a necessidade do mesmo para o desenvolvimento normal de qualquer criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou o direito à convivência familiar em seus artigos 4º e 16, inciso V, e 19 do quais vale a transcrição:

Artigo 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Artigo 16 – O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

Artigo 19 – Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecente.<sup>101</sup>

Ressalte-se que o Capítulo III do Estatuto, nos seus artigos 19 a 24 tratam da proteção a convivência familiar. O que a lei estatutária pretende é que a família funcione como espaço de realização da afetividade humana, nos dizeres de Paulo Lôbo<sup>102</sup>; ofertando aos seus membros, principalmente à criança e ao adolescente um ambiente de desenvolvimento de sua personalidade sadio e harmonioso; contribuindo assim para a sua adequada formação moral, psicológica, afetiva e física.

Nesse aspecto, considera-se a família a partir da repersonalização do Direito Civil que consiste basicamente na valoração dos interesses da pessoa humana em detrimento das relações patrimoniais. A família que antes tinha no patrimônio a sua maior referencia, funda-se após as codificações liberais na solidariedade e no espírito de cooperação que ocorre por meio da união entre seus membros na busca da dignidade de cada um. Hoje, importa nessa nova configuração familiar, o indivíduo enquanto ser realizado afetivamente.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> BRASIL. Lei Federal 8069, de 13 de julho de 1990: Promulga o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 16.07.1990.

<sup>102</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11.

<sup>103</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.13.

Infere-se que a repersonalização indicada privilegia a dignidade humana; onde a pessoa passou a ser o foco de atenção da Constituição e do Direito Civil e em consequência, do ordenamento jurídico como um todo. Nessa perspectiva, a família deve ser entendida como o instrumental necessário para que tal dignidade seja concretizada. Dessa forma, sendo necessária a atuação de outros ramos do saber jurídico, serão estes invocados para a garantia da tutela da família e todos os demais direitos desta decorrente, donde se inclui o direito à convivência familiar como forma de garantir vida digna aos seus membros, particularmente às crianças.

Imperioso relacionar os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, uma vez que a convivência familiar só se faz possível quando a proteção da família também é observada. Assim, merece destaque a observação de Antonio César Peluso quando afirma que a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição, longe de ser considerado somente um princípio, é na verdade, o fundamento da República Federativa do Brasil. Por tal motivo, o casamento por ser considerado o instituto consagrador da família, a este a dignidade é implícita, posto que os membros da família são por ela tutelados. O ordenamento jurídico protege os indivíduos enquanto membros de uma família “porque esta é o organismo destinado a promover e a garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtualidades, ou seja, a família é o lugar especial de tutela da vida e da pessoa humana”.<sup>104</sup>

Conforme o exposto é de fácil percepção que “funda-se a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes os referenciais da família contemporânea<sup>105</sup>”. Destarte o direito à convivência familiar que num primeiro momento mostra-se como direito humano instrumentalizado através de Convenção Internacional objeto de exame e posteriormente se fundamentalizou em nossa Constituição habilita-se a tutela penal pelo grau de importância que alcança para a manutenção da harmonia social.

Como justificativa para que seja considerado bem jurídico penal, deve-se levar em conta ainda a gravidade da lesão ao bem jurídico da convivência familiar, causando danos irreversíveis para o desenvolvimento da criança, retirando-lhe desta a segurança jurídica que devia se fazer presente nas suas relações familiares.

---

<sup>104</sup> PELUSO, Antônio César apud MACHADO, Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p.157.

<sup>105</sup> FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

Para que um comportamento possa ser criminalizado há de possuir os pressupostos para uma legitimação que fundamente tal possibilidade, não podendo ser fruto apenas da vontade social ou da discricionariedade do legislador.

Segundo Claus Roxin:

[...] eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.<sup>106</sup>

No cumprimento de sua função, o direito a convivência familiar encontra-se amparado pelo Direito Penal ao tempo em que este protege a família, mesmo não estando claramente garantido como bem jurídico penal. Em sendo assim, o crime de subtração de incapazes é uma expressão desta garantia que se confere ao convívio familiar, pois que visa prevenir e também reprimir situações em que a criança se veja privada da convivência no seio de sua família.

Relembrando que não há a regulamentação dos aspectos criminais da Convenção de Haia quando da subtração de criança, mas tão-somente a solução da questão no âmbito civil, demonstra-se a necessidade de que a própria Convenção proceda a criminalização da conduta, ou que os países signatários da mesma adotem tal providência, uma vez que o texto da Convenção de Haia prevê tal possibilidade da criação de medidas de prevenção em seu artigo 2º que diz: “os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, devendo recorrer a procedimentos de urgência”.<sup>107</sup>

Como se mostra insuficiente a repressão civil da conduta de transferência ou retenção ilícita de crianças conforme os ditames do texto internacional produzido em Haia, pois segundo informa o sítio da Advocacia Geral da União – AGU em página dedicada ao seqüestro internacional de crianças existem inúmeros processos judiciais tramitando nos quais

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16- 17.

<sup>107</sup> CONVENÇÃO Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convençãohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvenção>>. Acesso em: 15 jan 2010.

a União figura como autora e assistente do autor na busca da restituição de menores trazidos para o território brasileiro ou aqui retidos.

De forma mais completa, informa ainda a página da internet em comentário que segundo informação da Autoridade Central brasileira “de 2003 a 2009 o Brasil recebeu, de outros países, 210 (duzentos e dez) pedidos com base na Convenção e enviou, a outros países, 82 (oitenta e dois) pedidos sobre o tema”. Acrescenta ainda que em virtude do mundo globalizado e da conseqüente difusão da Convenção “é certo o crescimento do número de casos do gênero nos próximos anos”.<sup>108</sup> Os fatos demonstrados se mostram justificadores da tutela penal, pois que os meios utilizados até então não se mostraram satisfatórios para inibir a conduta em destaque.

Novamente Claus Roxin, para quem:

[...] de tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.<sup>109</sup>

Assim, a necessidade da criminalização da conduta prevista no artigo 3º da Convenção de Haia se faz urgente, como meio de inibir tal delito, bem como reprimir, com a justa medida, a lesão a bem jurídico vital como se mostra o convívio familiar, pois que o único meio capaz de formar pessoas moral, psíquica, física e afetivamente sadias. Em assim sendo, o atendimento ao interesse superior da criança se faz presente.

Não se pode tomar como regra, mas em geral nos casos em que há a retirada ilícita da criança de sua residência habitual, ocorre a prática da alienação parental, situação que foi difundida por F. Podevyn na Europa, apesar de ter sido definida pela primeira vez nos Estados Unidos por Richard Gardner em 1987.

---

<sup>108</sup> Informação disponível em: <[http://agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id\\_site4](http://agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id_site4)>. Acesso em: 27 de maio de 2010.

<sup>109</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17- 18.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é definida por Jorge Trindade nos seguintes termos:

[...] a Síndrome da Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominador cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.<sup>110</sup>

Ainda quanto à alienação e seus efeitos nocivos, cumpre destacar as sequelas por esta deixadas que podem acompanhar o indivíduo pelo resto da vida, tanto o pai/mãe alienado quanto os filhos. Constitui a Síndrome um tipo de mau trato e abuso contra as crianças, principalmente as que se encontram em meio a um conflito conjugal. Interfere diretamente no convívio social, pois que instaura uma situação de ódio para com um dos genitores que se reflete na formação da personalidade da criança e tais conflitos podem-se revestir de variadas formas desde a ansiedade até o uso de álcool e substâncias entorpecentes, chegando ao extremo de provocar comportamento suicida.

Merece tal conduta também uma reprimenda mais enérgica com a responsabilização civil e criminal do seu agente causador, ante os prejuízos capazes de provocar principalmente em uma criança.

A esse respeito, destaque-se uma iniciativa parlamentar que se trata do Projeto de Lei nº 4.053/2008 de autoria do deputado Régis Oliveira do PSC-SP que define a alienação parental e criminaliza a conduta do agente alienante. Para o deputado autor do projeto, o Estado deve reprimir ativamente tal conduta que resulta em abuso do exercício do poder familiar e total desrespeito aos direitos da criança; sem contar que foge aos padrões de paternidade/maternidade responsável, uma vez que desvia-se dos preceitos constitucionais e compromete a formação da criança, principalmente no que diz respeito as questões morais e psicológicas

Anote-se que na data de 16 de março do ano de 2010, a redação do projeto de lei citado foi aprovada por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC),

---

<sup>110</sup> TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord). **Incesto e Alienação Parental**: Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

Percebe-se a lesão causada à criança quando há o desrespeito ao convívio familiar. São várias as formas que o dito desrespeito assume, demonstrando que a inobservância desse direito fundamental e, por conseguinte, o também desrespeito ao princípio do interesse superior da criança, positivado tanto nos instrumentos internacionais como no nosso Estatuto da Criança e do Adolescente causam danos irreversíveis à sua formação e desenvolvimento, afetando o indivíduo enquanto tal, bem como toda a sociedade.

Motivo pelo qual a criminalização da conduta da retirada e/ou retenção ilícita da criança de sua residência habitual, conforme descreve a Convenção de Haia de 1980, merece a tutela penal com a sua consequente criminalização, respeitada a subsidiariedade do Direito Penal, obviamente, e, aqui, sendo o mesmo invocado pelo fato de que outras medidas foram capazes de inibir o crescimento dos casos no Brasil.

Em sentido contrário, Bernd Schünemann alega que a subsidiariedade do emprego do Direito Penal é teoria que não encontra apoio. Para o autor, o direito penal não constitui a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, alegação sustentada da seguinte forma:

[...] a meu ver, a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ocorrer não através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras, mas por meio da construção de grupos de casos, que partam do bem jurídico protegido, levem em conta os caminhos que conduzem à sua lesão em determinado contexto histórico-social, bem como os recursos para a sua proteção, desdobrando assim a necessidade de proteção do bem jurídico numa análise tridimensional. Esta necessidade de proteção deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação, para se determinar o alcance adequado da proibição penal [...].<sup>111</sup>

O autor classifica os bens jurídicos em individuais, coletivos, institucionais no âmbito individual e os fisicamente individualizáveis no âmbito coletivo. Partindo dessa classificação, explica que esses bens possuem os requisitos necessários para o alcance da tutela penal, ao tempo que defende que esta só será possível quando os próprios indivíduos não tiverem a capacidade de proteger os seus próprios bens necessitando do Estado para tanto.

Quando essa impossibilidade de defesa do próprio bem jurídico, que o autor denomina de fraqueza, tiver por motivo desvantagem social, o mesmo defende que

[...] fundado na moderna expansão da teoria liberal clássica do contrato social no sentido do Estado social, não apenas um direito, mas até mesmo um dever do Estado de proibir a exploração de tais desvantagens sociais e de criminalizá-las, na falta de outros meios eficientes. Não é de se ignorar,

---

<sup>111</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Março-abril de 2005, p. 23

porém, que com isso o direito penal se torna a *ultima ratio* de uma política social fracassada.<sup>112</sup>

Importa saber se o bem jurídico a ser tutelado possui importância tal para a sociedade que requeira a classificação do mesmo com bem jurídico penal e isso se deduz claramente das necessidades da coletividade.

Assim, resta esclarecido que a despeito de não ser protegido através de norma constitucional expressa de criminalização, o direito ao convívio familiar requer a tutela penal uma vez que se consubstancia num bem jurídico que carrega consigo valor constitucional dos mais significativos.

---

<sup>112</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Março-abril de 2005, p. 35

#### **4 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA TUTELA PENAL À CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

Como debatido ao longo deste trabalho, a conduta de retirada ou retenção ilícita de uma criança, privando-a do convívio familiar habitual e descrita na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças requer um olhar mais apurado no tocante à proteção do bem jurídico lesado.

Demonstraram-se alhures as possibilidades de falha da dita Convenção quando, por exemplo, se prega a celeridade e ao mesmo tempo, todo o procedimento requer uma análise judicial, situações que não são de todo incompatíveis, mas causa prejuízo a rapidez solicitada pela norma internacional

Merece menção, ainda, as exceções principais previstas nos artigos 12, 13 e 20 que possibilitam a negativa de retorno da criança, desde que esta esteja integrada no novo meio social no qual fora inserida a partir do sequestro, a situação atenda ao princípio do melhor interesse da criança e aos ditames de ordem pública de cada Estado parte da Convenção.

Como já afirmado, a aplicação da Convenção caminha na linha fronteira entre o respeito ao princípio do interesse superior da criança e o atendimento a regra convencionada no âmbito internacional, o que confere segurança jurídica as relações deste tipo.

Entre uma ou outra tomada de decisão, está em jogo o desrespeito à Convenção, a possibilidade de o Estado brasileiro se tornar protagonista de um ilícito internacional e a observância da total ineficácia da norma internacional, concedendo, ao agente que incorre na conduta ilícita, o direito de permanecer com a criança.

Por outro lado, considerando que a celeridade nem sempre se faz presente na solução dos casos de sequestro internacional de crianças, há que se ponderar que, dependendo do lapso temporal em que o caso tramite na justiça possibilita a qualquer infante a sua adaptação para o meio ao qual foi levado ou retido ilicitamente. Como se trata de sujeitos com a personalidade em formação, o amoldamento a novos ciclos de amizade, escola, parentes etc., acontece de forma mais natural; legitimando a ilicitude cometida.

Sem contar que a privação do convívio familiar, mesmo que não seja por período de tempo extenso, já é capaz de produzir na criança seja nos aspectos moral, físico ou psicológico os malefícios que a Convenção pretende evitar. É cediço que o convívio diário e os ciclos

sociais nos quais está inserida a criança são responsáveis pela formação de hábitos, valores e a sua percepção do mundo.

Anote-se que o Poder Judiciário também caminha na zona de limite apontada entre proteger o interesse superior da criança, conceito de conteúdo indeterminado analisado a partir do caso concreto e, assim, obedecer à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA ou aplicar a Convenção de Haia de 1980. Sob essa perspectiva, apontam-se as jurisprudências seguintes:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI AMERICANO. MÃE BRASILEIRA. CRIANÇA NA COMPANHIA DA MÃE, NO BRASIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO DE CRIANÇAS. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. RISCO DE DANOS PSÍQUICOS E EMOCIONAIS SE HOVER RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE ORIGEM (ESTADOS UNIDOS).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América.

- A Convenção de Haia sobre os aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

- Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções tais como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12, bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica 9art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem.

-Recurso especial não conhecido, por maioria.

(REsp nº 900.262 – RJ (2006/0221292-3) STJ 3ª Turma, Data do Julgamento: 21/06/07, Relator (a) Ministra Nancy Andrighi).

E em sentido oposto:

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, DE 25/10/80 - DECRETO N.º 3.413/2000 - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL - RESTITUIÇÃO DE MENORES À NORUEGA - A UNIÃO FEDERAL É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA - PRECEDENTES DO STJ E DO TRF-2ª REGIÃO - GUARDA E JURISDIÇÃO (ARTS. 16, 17 E 19 DO DECRETO N.º 3.413/2000) - SEGURANÇA DENEGADA.

I-A cooperação judiciária internacional pode se dar pela via da carta rogatória, através da homologação de sentença estrangeira ou diretamente, como é o caso dos autos, hipótese em que a União Federal não pretende executar em solo nacional a sentença estrangeira, mas tão-somente obter uma "decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega", com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, à qual o Brasil aderiu, tendo-a incorporado ao ordenamento jurídico pátrio.

II-A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças - internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000 - prevê explicitamente a promoção de medidas judiciais tendentes à restituição ao país de residência habitual de menores ilicitamente transferidos para o território nacional

III- A União postula, pela via oblíqua, os interesses da Noruega - Estado requerente da cooperação judiciária internacional - de ver restituídos para o seu território os menores que ali residiam até o momento da ilícita transferência para o Brasil.

IV- Em sede de cooperação judiciária direta, não se busca o cumprimento de ordem judicial estrangeira, pretendendo-se, no caso vertente, a obtenção de decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega.

V- Precedentes: STJResp 954.877; TRF-2ª REGIÃO AC 200551010097929).

VI- A questão da guarda e a jurisdição apropriada para apreciá-la são matérias disciplinadas pela Convenção da Haia nos dispositivos dos arts. 16, 17 e 19, não cabendo à Justiça brasileira tomar para si o conhecimento de questão que compete à jurisdição de outro Estado.

VII- Ainda que exista decisum do Judiciário Brasileiro definindo questões de guarda e visitas, o Estado Brasileiro, por meio do Poder Judiciário, não pode negar pedido de restituição de menores se os requisitos do Tratado estiverem presentes.

VIII- A decisão tomada nos autos de ação de guarda não pode impedir o cumprimento de decisão que deferiu a restituição dos menores, ou mesmo prejudicar o prosseguimento da ação por meio da qual se busca tal devolução, sob pena de afronta aos compromissos internacionais da República Federativa do Brasil assumidos quando da ratificação e internalização da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

IX- Segurança denegada, cassando-se liminar ab initio concedida no presente mandamos.

(MS 2009.02.01.004118-6 TRF 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 28/07/2009, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL Raldenio Bonifacio).

Também aparece como fator preocupante a questão de os Estados só poderem cooperar entre si para o retorno da criança à medida que houver o reconhecimento mútuo entre eles, situação que é observada a partir do caso concreto.

Do mesmo modo a própria Convenção abre espaço para que cada Estado membro tome providências a fim de tutelar o bem jurídico objeto daquela através de permissão consignada em seu artigo 2º.

A conduta típica prevista na Convenção que implica retirada ou retenção da criança, afastando-a do seu convívio familiar freqüente, não possui identidade com o tipo do sequestro previsto no Código Penal brasileiro, nem tampouco se aproxima dos outros tipos assemelhados ao sequestro como analisado.

Por outro lado, a família, no que se inclui o direito à convivência familiar, merece a tutela do Direito Penal brasileiro, importando na demonstração da relevância desse bem jurídico fundamental. Bem jurídico este que encontra abrigo na nossa Constituição Federal informadora do ordenamento jurídico como um todo e fundamento do Direito Penal pátrio, assim como das normas penais.

Conforme informação da Advocacia Geral da União (AGU), a perspectiva quanto ao sequestro internacional de crianças é o aumento do número de casos. Por tal motivo e pela falta de vigor da Convenção de Haia de 1980, propõe-se a criminalização da conduta ilícita prevista na mesma a fim de que haja o controle social através da garantia da dignidade humana às crianças, potenciais vítimas de seqüestro interparental de caráter internacional.

#### **4.1 Sociedade do Risco e Implicações Penais: Breves considerações**

A evolução da sociedade traz em si uma gama de inovações e dentre elas emergem fatos sociais relevantes para o Direito, que existe para regular a vida em coletividade e, assim, manter a ordem.

À medida que surgem novas instâncias, há a possibilidade de se observar conflitos sociais, haja vista que interesses recentes passam a reclamar a tutela jurídica. O que se infere é que a rápida e crescente transformação do mundo, com os avanços tecnológicos, econômicos e principalmente das formas de comunicação, delimitam uma nova ordem social mundial que gera incertezas.

Portanto, no manejo dessas novas tecnologias e aparecimento de novas configurações sociais, observadas a partir da sociedade pós-industrial e intensificada com a globalização, nota-se uma mudança de paradigmas e comportamentos que ensejam condutas ainda não alcançadas pelo Direito.

Com o intuito de entender melhor tal acontecimento, cabe esclarecimentos acerca da globalização:

[...] a ‘globalização’ econômica – como salto qualitativo da internacionalização – é, como antes se indicava, uma das características de definição dos modelos sociais pós-industriais. Nessa medida se trata, obviamente, de um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados. Questão distinta é que, a partir dessa consideração, se possa ter em conta, junto a globalização da economia, outro importante fenômeno, qual seja o da globalização das comunicações, como consequência das inovações técnicas. Mas, em última instância, a globalização das comunicações não é senão um correlato da globalização da economia, que torna necessário baratear os custos das transações (e requer, portanto, essa maior rapidez de comunicações) [...].<sup>113</sup>

Através de mudanças tão acentuadas, marcadamente na ordem internacional, pode-se afirmar que atualmente vive-se em uma sociedade de riscos, segundo a teoria de Ulrich Beck, sociólogo alemão que nos mostra que tal sociedade é oriunda das relações sociais transformadas a partir de um “contexto político e social de desconstrução, para não dizer de destruição, de estruturas relacionais que vigoraram por mais de um século e meio a partir da adoção dos códigos jurídicos que revelavam a religião positivista no início do século XIX”.<sup>114</sup> Notadamente como efeito da globalização as normas jurídicas clássicas perdem espaço.

Em se tratando de um mundo interligado através das facilidades principalmente de comunicação e transporte, é de se notar a diminuição das distâncias, o que implica uma série de possibilidades de atuação humana que resultam, muitas vezes, em situações de imprevisibilidade.

O risco conforme delimitou Beck não importa somente em fenômenos produzidos pela natureza, pois há também aqueles produzidos pela sociedade, sendo este último o nosso objeto de exame.

Explanando melhor a questão acima apontada, Hermitte nos explica que:

---

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais: tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

<sup>114</sup> CAUBET, Christin Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Governo dos Riscos**. Brasília: Pallotti, 2005, p. 53.

[...] os ‘riscos’, cuja separação entre riscos naturais, tecnológicos e sociais tornou-se permeável, são, de agora em diante, desafios políticos no sentido aristotélico do termo do *suum cuique tribuere*. Não se trata mais de preveni-los tecnicamente e de indenizá-los; ainda é preciso decidir de forma democrática e assegurar uma distribuição justa [...].<sup>115</sup>

Apesar de ter sua origem sociológica, insere-se o risco atualmente no mundo jurídico, uma vez que sendo este causador de dano, requer obviamente a sua reparação, daí se fala em responsabilidade civil ou penal que são as portas de entrada do risco no contexto jurídico.

O risco que no senso comum se revela como acontecimento eventual e incerto ou possibilidade de perigo não pode ser reduzido a nível zero justamente pela imprevisibilidade que lhe é inerente, portanto, trabalha-se com a possibilidade de risco aceitável. De acordo com Raffaele de Giorgi:

[...] chamamos risco a probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar. Se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão. Disto decorre a falsa impressão de que a moral pudesse ser de alguma valia diante do risco. Na realidade, o risco descreve uma condição estrutural da ação dos sistemas da sociedade moderna. É claro que, diante do risco, não funciona a racionalidade clássica, como também não funcionam os seus modelos substitutivos mais recentes: a teoria da escolha racional ou outras construções complicadas da dificuldade de se decidir em condições de risco. Nossa observação do risco permite ver como os sistemas sociais constroem suas estratégias de absorção da incerteza e, ao mesmo tempo, ver igualmente como a impossibilidade de juridicizar o risco constitui o atual limite do direito. Consideramos o risco como um vínculo com o futuro, como uma estratégia de construção do futuro. Por último, podemos ver, assim, como a alternativa em relação ao risco não é a segurança e sim um outro risco. Essa observação deve nos levar a muito refletir sobre as políticas de segurança pública.<sup>116</sup>

Considerando a inexistência do risco, a insegurança é fator presente no contexto dessa nova modalidade de sociedade. Jesús-María Silva Sánchez assim descreve tal quadro:

[...] tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de conseqüências lesivas.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Governo dos Riscos**. Brasília: Pallotti, 2005, p. 14.

<sup>116</sup> DE GIORGI, Raffaele *apud* CAUBET, Christian Guy. Antes e Depois do Dano: da decisão arriscada à certeza do prejuízo. In: VARELLA, Marcelo Dias. **Direito, Sociedade e Riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Brasília: UNICEUB, 2006, p. 316.

<sup>117</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

Com o surgimento de novos delitos através da modernização experimentada pela sociedade, a insegurança já citada carece de solução que o indivíduo busca através do Direito Penal que se expande atuando em áreas que até então não mereciam a sua tutela, como meio ambiente, bioética, relações de consumo, dentre outras, resultado principalmente das novas tecnologias.

Dessa forma, a prestação de segurança, sendo um dever do Estado, recai inevitavelmente no ramo penal a difícil tarefa de restabelecer a segurança perdida. Faz-se necessário ao Direito Penal acompanhar o evoluer social a fim de continuar tutelando bens jurídicos fundamentais.

Novos bens jurídicos surgem a partir dessa sociedade pós-moderna e com eles a necessidade de tutela. Há que se considerar o aumento da criminalidade e o aparecimento de novas condutas delituosas que atingem bens de toda a ordem, do individual ao coletivo. E a essa nova realidade o Direito Penal não se pode furtar a uma tomada de providência a fim de garantir a pacificação coletiva.

No entanto, é notório que o Direito Penal adquire um caráter subsidiário, funcionando como limitador da atuação estatal e em virtude de tais características se perquire a motivação pela qual as demais possibilidades de tutela são rechaçadas. Vislumbram-se as hipóteses de renúncia da sociedade ao Direito Civil e Administrativo, sob as seguintes alegações:

[...] Logo, o modelo do seguro tem como conseqüência um decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas. Por outro lado, o modelo do seguro tende a confirmar montantes padronizados de indenização que se afastam mais e mais do objetivo de garantir aos sujeitos passivos uma compensação, se não integral (cuja própria possibilidade prática é questionável), ao menos minimamente próxima disso, o que, além de tudo, intensifica a perda de conteúdo valorativo da responsabilidade civil, imediatamente provocada pelo abandono da idéia de culpa.

[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio de oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais Dio que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais: tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

Denota-se que, diante da incredulidade e da corrupção reinante em outras áreas do Direito que necessariamente nos remete à idéia de impunidade, o Direito Penal é invocado como solução para as novas demandas sociais, pois que seu caráter sancionador oferece a sensação da punição esperada.

Esclareça-se que essa breve incursão na teoria da sociedade do risco e a demonstração de que o Direito Penal passa por um momento de expansão justificam-se apenas para contextualizarmos a nova ordem social, o surgimento de novos delitos e condutas humanas capazes de atingir sobremaneira a bens jurídicos fundamentais.

Nessa sucessão de ideias, cabe inserir a questão enfocada neste estudo, consistente na busca de uma solução mais adequada quando da ocorrência de subtração ou retenção ilícita de criança no âmbito internacional.

Justamente nessa nova conformação da sociedade mundial, tendo como elemento propulsor a globalização e a integração econômica, emergiram novas possibilidades de relacionamentos amorosos, provocados pela fácil e rápida comunicação, bem como pelo aumento do trânsito de pessoas entre os países, decorrente da mudança econômica e da facilitação dos meios de transportes.

Acrescente-se a esse somatório de fatores um novo modelo de família, advindo justamente das mutações ocorridas na sociedade com a evolução econômica, cultural e tecnológica.

O que se percebe é que o Direito Penal atualmente, mesmo que não enquadrado como Direito Penal do Risco, porque a proposta aqui não requer a tutela de bens jurídicos supra-individuais, principalmente com a punição de delitos com cunho econômico, mas sim a proteção de bem jurídico individual e fundamental; também tem outra tarefa a cumprir que se identifica na função de realizar o controle social.

Como a conduta ilícita descrita pela Convenção de Haia nos imprime a ideia de delito transnacional, poder-se-ia cogitar da possibilidade de aplicação de um Direito Penal da Globalização que “trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinqüência transnacional, que evite a conformação de ‘paraísos jurídico-penais’<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais: tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

No entanto, as dificuldades enfrentadas para que a necessária harmonização da legislação em nível global aconteça afastam por completo tal possibilidade, restando a tomada de providências internas acerca da solução das questões surgidas das novas realidades sociais.

E nos remetendo à Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, é justamente essa via do direito interno que se encontra como solução para o problema proposto através da própria flexibilização do seu artigo 2º, permissivo quanto à adoção de providências urgentes com o fito de concretizar os objetivos daquele diploma legal internacional.

A adequação da norma penal as inovações resultantes das relações sociais não requer neste estudo a criminalização de uma conduta em desatenção aos princípios gerais do Direito Penal; nem tampouco com bens jurídicos que apresentem conceitos indeterminados com a conseqüente produção de leis penais em branco, em desrespeito ao princípio da legalidade.

A pretensão se encerra na tutela de bem jurídico individual e fundamental a toda a criança, já que se trata da proteção ao convívio familiar e que não afasta a atuação do conceito clássico do objeto da tutela do Direito Penal.

Observa-se a inovação apenas no modo como as relações sociais passaram a acontecer a partir da sociedade pós-moderna. O objeto jurídico a ser tutelado não se apresenta inédito, mas se mostra novo diante da proporção ora adquirida.

Portanto, enquadra-se o sequestro interparental de caráter internacional como um risco surgido das transformações das relações entre os indivíduos, principalmente no aspecto do Direito de Família, fazendo emergir um novo interesse que se constitui num direito transnacional ao convívio familiar que requer a tutela estatal a fim de manter-se incólume e que como já demonstrado, a tentativa de tutela civil não tem se mostrado suficiente, motivo pelo qual se tratando de bem jurídico fundamental, requer-se a aplicação da tutela penal.

#### **4.2 Controle Social: Generalidades**

O homem, na condição de ser que vive em sociedade, apresenta comportamentos sociais condizentes com o meio no qual se vê inserido. O indivíduo atua para a consecução de

algum objetivo por meio de ação coordenada e planejada para tanto<sup>120</sup>. Nesse ponto de vista, vê-se que a sociedade é composta pelos indivíduos que precisam interagir entre si e que trazem consigo toda uma carga de vivência o que se reflete em comportamentos dos mais variados, daí a complexidade e a indeterminabilidade dos comportamentos sociais.

Para que os citados comportamentos humanos não causem lesão na relação entre indivíduos, devido justamente à falta de uniformização, imperioso se faz o estabelecimento de regras de conduta que forneçam um modelo ético de comportamento a ser seguido. Daí a necessidade do controle social.

A existência do controle social é justificado por Cláudio Souto e Solange Souto como “um mínimo de comportamento, reconhecido grupalmente como o adequado, não se poderia existir um entendimento geral, que se revela através sobretudo de uma linguagem comum, na realização efetiva de certos atos sociais”.<sup>121</sup>

O que se busca é que os indivíduos pautem principalmente as suas ações de acordo com os padrões sociais aceitáveis a fim de que possam estar encaixados perfeitamente no contexto de realidade em que vive, e, ao mesmo tempo, possa ser mantida a harmonia coletiva.

Ainda assim, deve-se atentar para o fato de que, mesmo através da padronização pretendida, as diferenças não de permanecer, haja vista que individualmente cada um tem particularidades que lhe tornam sujeitos peculiares e, ainda assim, não haverá ameaça à coletividade, uma vez que sujeitem ao domínio social.

Espera-se que o indivíduo interaja com o meio social a ele adaptando-se, o que se denomina de socialização. Acaso essa previsão não se realize, o controle social atua para que “não se deixe de cumprir o considerado essencial à manutenção do equilíbrio da organização social. Nessas circunstâncias, o controle atua mais visivelmente como uma correção dos defeitos de adaptação ao meio social”.<sup>122</sup>

No entanto, o controle em comento não pode ser estanque, pois que se visa a regular as relações sociais, estas são eminentemente mutáveis, como decorrência da evolução natural da humanidade e das relações das quais se insere. Dessa forma, o direito como regulador das

---

<sup>120</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 24.

<sup>121</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 27.

<sup>122</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 32.

condutas sociais, deve acompanhar as inovações do comportamento humano a fim de impor-lhe a normatização necessária para a manutenção da ordem coletiva.

Em consonância com o pensamento acima exposto, Cláudio e Solange Souto assim escrevem:

[...] bem se nota daí o relacionamento íntimo entre mudança social e direito: mudança social é alteração do social e este, sendo igual a norma social, mudança social é mudança normativo-social. Ora, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, não se nega o seu caráter de norma social e de norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitem. Mudança social é, desse modo, essencialmente, alteração do direito.

<sup>123</sup>

Merece menção ainda a classificação do controle social que se divide em formal e informal, caracterizados um por ter o modo de atuação organizado ou artificial, o que pressupõe a existência de uma institucionalização que o dê suporte e que as normas de conduta impostas sejam criadas. O outro, o informal, se caracteriza como um tipo de controle social resultado de expressões naturais da sociedade.

Já que institucionalizado de forma organizada, o controle social formal pode impor regras de comportamento social definidas objetivamente, o que faz dele mais eficaz, até mesmo por ter maior assentimento da sociedade. Para Davis:

[...] é de grande importância o direito como controle social formal nas sociedades modernas. É, de fato, caracterizado o controle social formal pelas suas regras explícitas de comportamento, pelo uso de sanções organizadas que servem de suporte a essas regras e por pessoas especializadas no fazer, interpretar e impor as normas.<sup>124</sup>

Sob o enfoque do controle social formal, impende a análise do Direito Penal como um desses meios de domínio da coletividade com vista à consonância do grupo, atuando de forma dinâmica, posto que em sintonia com as transformações sociais.

<sup>123</sup> SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 340.

<sup>124</sup> DAVIS, F. James. “Law as a type of social control”. In: F. James Davis, Henry H. Foster, Jr., C. Ray Jeffery, E. Eugene Davis, *Society and the law, New meanings for an old profession*. New York, The Free Press of Glencoe, 1962, *apud* SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 191-192.

#### 4.2.1 O Controle Social através do Direito Penal

Como discutido, o sistema de controle social formal atua de forma institucionalizada e organizadamente a fim de impor aos indivíduos as regras sociais comuns, que, nesse caso, se apresentam de forma escrita, com a imposição de sanções e dentro de um modelo de política criminal.

Nesse sistema formal, o Direito Penal aparece como uma das modalidades a serem exercidas, posto que outras possibilidades de controle social formal são consideradas, como por exemplo, “os numerosos sistemas normativos; diversos órgãos ou agentes; variadas estratégias de atuação ou respostas; diferentes modalidades de conseqüências; bem como destinatários particulares”.<sup>125</sup>

Considerado como uma das espécies de controle formal da sociedade, o Direito Penal se destaca pelo fato de atuar preventiva e repressivamente quando da ocorrência de condutas lesivas a bens jurídicos de maior proeminência, através da imposição de penas e em atenção ao princípio da legalidade. Por tudo isso, é considerado um sistema extremamente formal fazendo-se crer num sistema mais rigoroso e eficaz.

Já se falou da subsidiariedade do Direito Penal e esta se refere à sua oportunidade de ação, sendo necessária a tutela penal quando os meios informais de controle social não forem suficientes, como os costumes; a opinião pública; a tradição; valores sociais; crenças religiosas ou quando o bem jurídico a ser tutelado for essencial aos indivíduos e à coletividade.

A esse respeito, Luiz Régis Prado assim escreve:

[...] nesse particular aspecto, cabe salientar que, mais que um instrumento de controle social normativo - primário e formalizado – assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia. Entretanto, tem sido destacado, com razão, que o Direito Penal está se convertendo, cada vez mais, em um instrumento de direção ou orientação social, sobretudo em matéria de tutela de bens jurídicos transindividuais.<sup>126</sup>

Segundo orientação do artigo 5º da Constituição Federal, o Direito Penal enquanto meio de controle social formal opera através de normas positivadas; o que lhe confere relevo,

---

<sup>125</sup> BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p.25-26.

<sup>126</sup> PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo, RT, 1996, p. 56.

uma vez que proporciona uma aplicação segura e prevista em lei, além de apresentar maior rigidez.

#### 4.3 Do Direito Penal Mínimo

Importa aqui delimitar o campo de atuação do Direito Penal, restringindo a sua tutela a bens jurídicos que sejam essenciais para a manutenção da ordem social; então falar em Direito Penal Mínimo, equivale à intervenção penal restrita, somente invocada quando os bens jurídicos passíveis de lesão justificarem a aplicação de tal ramo do Direito.

A fim de que tais bens jurídicos vitais sejam tutelados, atendendo à formalidade característica do Direito Penal, anote-se que a produção legislativa penal não pode acontecer dissociada dos ditames do Estado Democrático de Direito, preocupado principalmente com a dignidade da pessoa humana e com o compromisso da promoção do bem de todos, a redução de desigualdades e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Seguindo essa linha de raciocínio, as condutas não podem ser criminalizadas ou descriminalizadas, sem que haja a obediência aos princípios penais consagrados na Constituição Federal, o que, mais uma vez, corrobora o pensamento de que a mesma delimita o conteúdo do Direito Penal.

Sendo assim, cabe a análise do preconizado Direito Penal Mínimo, somente sob a ótica dos princípios que lhe serve de norte para a atuação na busca do controle social. De tal modo, cumpre elencá-los: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade.<sup>127</sup>

Importante que se proceda à apreciação de cada um dos princípios acima elencados, a fim de que se possa elucidar melhor a teoria do Direito Penal Mínimo e suas consequências para o tema em debate.

---

<sup>127</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Impetus, Niterói: 2008, p. 30.

#### 4.3.1 Do Princípio da Intervenção Mínima

Já se registrou o caráter subsidiário do Direito Penal, como também o fato de que somente haverá a interferência do mesmo quando se tratar de bem jurídico vital para a sociedade. Então, se compreende que estará o Direito Penal legitimado a atuar, seja na criminalização de novas condutas oriundas da sociedade de risco, seja na descriminalização de condutas que não são mais capazes de lesar bens jurídicos relevantes socialmente à medida que outros ramos da ciência jurídica e até mesmo do controle social informal não forem apropriados para conferir segurança a coletividade.

Destaque que o princípio em tela analisa dois requisitos a fim de considerar necessária ou não a tutela da Ciência Penal: proteção a bens jurídicos fundamentais e incapacidade de proteção dos mesmos através de outros ramos do ordenamento jurídico.

Conforme entendimento de Jorge de Figueiredo Dias citado por Alice Bianchini será possível a ingerência do Direito Penal “onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”.<sup>128</sup>

Como desdobramento do princípio da intervenção mínima e como forma de melhor esclarecimento do tema tratado, cabe elucidar quando o bem jurídico está habilitado a receber a tutela penal.

A busca da dignidade do bem jurídico é fator importante e esta pode ser explicada pelo fato de que o bem em questão deve ser capaz de estabelecer uma padronização das condutas na proteção de valores sem os quais a sociedade não conviveria de forma harmônica. Ao tempo em que o Direito Penal dever garantir a ordem social, deve compatibilizá-la com os direitos fundamentais dos indivíduos.<sup>129</sup>

Na busca do bem jurídico objeto de tutela penal, deve-se ter em mente que tal processo deve-se dar na própria Constituição, já que esta é a consagradora dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos e capazes de proteção da sociedade. Do que se depreende que em virtude dos preceitos do Estado Democrático de Direito instalado, qualquer cidadão é livre

---

<sup>128</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *apud* BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>129</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.30.

para atuar conforme a sua vontade, encontrando limites apenas na lei, no que se privilegia a dignidade humana.

Na tentativa de delimitar a essencialidade característica do bem jurídico penal, não se pode olvidar que estão excluídas as questões de cunho religioso ou moral desde que os comportamentos humanos neles fundamentados não seja capaz de causar lesões. Até mesmo porque ainda em observância ao princípio da dignidade humana, a Constituição prega a liberdade religiosa em seu artigo 5º, inciso Vi, com a seguinte redação: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

De toda forma, as demandas morais não importam ao Direito Penal, a menos que interfira na liberdade de outrem; no mais, serve o controle social informal como meio de regulação das condutas ditas imorais, sendo esse conceito que abriga interpretações das mais variadas.

A esse respeito, Alice Bianchini assevera:

[...] enfim, deve-se ressaltar que em um estado democrático, pluralista e secularizado a pena somente pode ser vista como uma necessidade social, o que serve de limite à utilização do arsenal punitivo. O direito penal, neste contexto limitador, há que se pautar pela função de proteção de bens jurídicos, deixando ao alvedrio individual todas as opções de comportamento que não lesem nem exponham a perigo bens dessa natureza.<sup>130</sup>

A idoneidade do bem jurídico penal encontra fundamento no seu valor sócio-cultural; daí que se falar na adequação da norma penal aos fatos sociais que reclamem a sua tutela. Como exposto, a busca pelo bem jurídico encontra seus limites nos preceitos constitucionais, desta forma, por conseguinte, o conceito material de delito também encontra sua base na Carta Magna. Passa a conduta passível de criminalização pelo crivo do legislador constituinte e do legislador ordinário, a fim de valorar os bens importantes para a manutenção da ordem social. Afirma Claus Roxin que “[...] a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”<sup>131</sup>

Evandro Pelarin assim conceitua o bem jurídico-penal a partir dos seus aspectos operacionais:

---

<sup>130</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.37.

<sup>131</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

[...] ele consegue exercer sua função delimitadora com maior eficiência quando parte de um dado pré-jurídico, material, a revelar a estreita relação entre objeto de tutela e realidade social, a desempenhar, com isso, uma função (contínua) crítica e transcendente ao sistema penal, tornando-se legítimo e robusto pela ordenação dos valores a serem protegidos a partir duma interpretação mais aberta da Constituição.<sup>132</sup>

Definir bem jurídico-penal sugere aliar o mesmo as condições sociais da época, nas quais influem os aspectos sócio-culturais informadores da determinada coletividade, dessa forma, os valores vitais são variáveis conforme o local, a época e o contexto no qual estejam inseridos.

Diante da evolução da sociedade, no que importa numa modificação da relação entre os indivíduos, a isto o Direito Penal deve estar atento com o fito de identificar novas condutas que sejam danosas a bem jurídico constitucionalmente protegido e que não haja o amparo de outro ramo do Direito.

Aqui novamente, diante da dificuldade em estabelecer objetivamente quais os bens jurídicos considerados essenciais, vale transcrição de Alice Bianchini:

[...] um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.<sup>133</sup>

É na Constituição que o legislador penal abebera-se em busca de fundamentos para criminalizar/descriminalizar novas condutas, do que se conclui que é no ordenamento jurídico constitucional que o bem jurídico encontra a sua dignidade. Portanto, o bem jurídico é digno enquanto valorado constitucionalmente e, a partir de então, respeitadas a subsidiariedade e a não ingerência de outro ramo do direito pode sofrer valoração penal.

Luiz Régis Prado arremata chamando a atenção para o interesse social como elemento caracterizador do bem jurídico-penal, vejamos;

[...] o interesse social relevante para o indivíduo deve ser elevado à categoria de bem digno de tutela jurídico-penal. Assim, para que um bem jurídico

<sup>132</sup> PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 147.

<sup>133</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.41.

possa ser considerado, em sentido político-criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente importância penal.<sup>134</sup>

Com o que até agora fora exposto acerca do bem jurídico-penal, o bem objeto de proteção da Convenção de Haia coaduna-se com a possibilidade de ser considerado bem jurídico-penal, uma vez que o convívio familiar encontra proteção expressa no artigo 227 da Constituição Federal que ainda atribui absoluta prioridade na atenção de tal direito. Do que se percebe a habilitação do direito ao convívio familiar a ser dignamente alçado ao *status* de bem jurídico-penal.

Ademais, ressalte-se que como encontra sua referência no texto constitucional, “dividem-se os bens jurídicos em individuais ou pessoais e bens jurídicos coletivos ou da comunidade. A partir dessa divisão, sustenta-se a existência de delitos contra os bens individuais e de delitos contra os bens da comunidade”.<sup>135</sup>

Já em relação à função do bem jurídico-penal, registre-se que consiste esta fundamentalmente em limitar a atividade do Estado em legislar na seara penal; uma vez que desobedecido o pressuposto de que só merece a tutela criminal bens que tenham uma importância social relevante, estaria colocando em risco o Estado Democrático Direito já que automaticamente os valores da dignidade humana e da liberdade seriam violentamente afrontados.

#### 4.3.2 Do Princípio da Adequação Social

Do que se propôs no breve estudo acerca da sociedade de risco e a evolução social que a motiva, demonstrou-se que podem advir de tal fato novas condutas que possam ser socialmente danosas, como condutas dantes causadoras de conflitos doravante possam ser tidas como adequadas ao momento então vivenciado.

Nesse delineamento, podemos inserir o princípio da adequação social que se traduz como orientador da produção legislativa penal a fim de indicar os bens jurídicos ainda socialmente relevantes numa determinada realidade.

---

<sup>134</sup> PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo, RT, 1996, p. 80.

<sup>135</sup> PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 150

Assim, o que se propõe a fazer, o princípio em comento, é promover uma adequação das normas penais à realidade. Conforme Greco, “o princípio da adequação social será de grande valia para que não sejam proibidas, impostas ou mesmo mantidas incriminações de condutas que já estejam perfeitamente assimiladas pela sociedade”<sup>136</sup>

Dessa forma, assume tal princípio o caráter de orientador da produção ou revogação da norma penal e através de sua interpretação impõe limites a fim de que se respeite a imposição da tipicidade.

#### 4.3.3 Do Princípio da Ofensividade/Lesividade da Conduta

Como a análise da possibilidade de criminalização de condutas aqui acontece sob a ótica minimalista do Direito Penal, compete aferir se a conduta é capaz de ofender o bem jurídico objeto da proteção penal.

Deve-se aplicar o princípio da ofensividade no momento da produção legislativa para que não sejam alcançadas condutas inofensivas e incapazes de produzir dano. Como também no momento da aplicação da pena, o magistrado deve isentar de penalidade a conduta que mesmo sendo típica não seja capaz de causar lesão ao bem jurídico, justamente por se apresentar inofensiva a este.

As funções do bem jurídico e do princípio da ofensividade têm muita proximidade, pois que “a aplicação do princípio da ofensividade decorre de uma das funções do bem jurídico, qual seja, a de estabelecer garantias ou limites para o exercício do direito de punir do Estado”<sup>137</sup>.

Fábio Roberto D’Avila a respeito da necessidade da ofensividade ao bem jurídico e sua relação constitucional assim nos apresenta a questão:

[...] a ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais, partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos,, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de

---

<sup>136</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2. ed. Niterói, 2008, p.92.

<sup>137</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.54.

bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. pois é exatamente desse princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.<sup>138</sup>

Do que se percebe, o resultado mais significativo para a aplicação do princípio da ofensividade pode ser visto como retirar da órbita penal as condutas que mesmo típicas, mostrem-se inofensivas na prática, não podendo causar dano ao bem jurídico tutelado. Assim, não havendo resultado jurídico real ou concreto, não havendo lesão a bem de terceiros, havendo resultado insignificante e tolerável, não há que se falar em ofensividade, nem mesmo em tipicidade material.<sup>139</sup>

Sendo assim, infere-se que os princípios da intervenção mínima, da adequação à conduta social e da ofensividade já oportunizam ao legislador a construção do tipo penal. No entanto, a fim de conduzir à interpretação da norma penal criada, necessário de faz a apreciação dos princípios seguintes.

#### 4.3.4 Do Princípio da Insignificância

A insignificância aqui exposta conduz o intérprete da norma a extrair da mesma segundo a orientação do Direito Penal Mínimo os bens que realmente importam para a seara penal. Assim, como a norma é dotada de abstração, cumpre ao aplicador da mesma diante da realidade fática valorar como bem passível da tutela penal apenas os que forem de interesse e relevância social.

Se entendermos o tipo como um modelo da conduta incriminada<sup>140</sup> se torna mais fácil a compreensão de que devido à abstração das normas, estas podem adquirir uma dimensão bem maior do que realmente precise ser alcançada. Assim, mesmo que descrita como tipo penal, a conduta terá que apresentar real possibilidade de dano ao bem tutelado pela norma,

<sup>138</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69-70.

<sup>139</sup> GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade do fato. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.) **Princípios Penais Constitucionais**. – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 47.

<sup>140</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 51.

caso contrário, as condutas que não tenham essa capacidade, recaem no enquadramento do princípio da insignificância penal porque assim serão consideradas.

Explicando melhor o princípio em destaque, Alice Bianchini escreve:

[...] a fim de se criminalizar determinada conduta, já se disse, não basta que o bem jurídico tutelado possua dignidade penal. Deve-se verificar se a conduta que se está criminalizando (e, por consequência, protegendo), efetivamente, é danosa para a sociedade – tanto que justifique a sua inscrição em um tipo penal.<sup>141</sup>

Pode ser visto o princípio da insignificância como a ausência de importância social do bem jurídico lesionado o que se faz entender que o mesmo não pode, dessa forma, pertencer a categoria de bem jurídico penal posto que não possui a relevância necessária para a manutenção do controle social formal por meio do Direito Penal.

#### 4.3.5 Do Princípio da Individualização da Pena

Conforme redação do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. De forma quase idêntica se apresenta o texto do artigo 1º do Código Penal que reza: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Da compreensão dos tipos legais acima apontados formula-se a ideia de que cumpre, ao princípio da individualização da pena, justamente atribuir particularmente a uma violação da norma penal uma sanção que lhe seja adequada.

Trata-se de princípio penal constitucional expresso, pois que presente no texto do artigo 5º, inciso XLVI, da seguinte forma: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos [...]”.

Importa o princípio em destaque para fins de cominação, aplicação e execução da pena.<sup>142</sup> No momento da cominação da pena, atribui-se a sanção condizente com o valor do bem jurídico ora protegido; assim a gradação da pena levará em conta a maior ou menor

<sup>141</sup> <sup>141</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.57.

<sup>142</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2. ed. Niterói, 2008, p.102.

importância do bem jurídico que fora considerado relevante para o Direito Penal e que não será excluído de sua tutela por ter-se harmonizado com os requisitos da insignificância.

Atuou até esse instante o legislador através da sua função de cominar a pena necessária para que o Direito Penal atenda ao seu fim repressivo e preventivo. Mas cabe também apontar que o princípio em estudo também serve ao juiz enquanto aplicador da lei para que o mesmo proceda à aplicação da pena diante do caso concreto dentro da medida de justiça que o caso requeira; sem se afastar obviamente das limitações legais para tanto.

Por fim, tal princípio merece a atenção do Estado enquanto executor da pena para que possa aplicá-la de forma que a correta classificação dos condenados segundo os requisitos relativos aos seus antecedentes e personalidade, conforme os artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal sejam atendidos podendo assim lhes possibilitar a ressocialização como objetivo estatal.

Consigne então que “o princípio da individualização da pena se mostra indispensável por permitir que seja eleita e aplicada a justa sanção penal a determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu *quantum*, bem como na forma de sua execução.”<sup>143</sup>

#### 4.3.6 Do Princípio da Proporcionalidade

Vem de longo tempo o juízo de se aplicar as penas de forma moderada, buscando ensinamento em Beccaria pode-se perceber que essa preocupação aquela época já se mostrava presente. Da mesma forma, sempre se buscou a justa medida da aplicação da pena e ao mesmo tempo já se almejava a finalidade preventiva da norma penal; observe-se:

Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

[...]

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.<sup>144</sup>

<sup>143</sup> SCHIMITT, Ricardo Augusto. Princípio da individualização da pena: uma (re)leitura constitucional. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.) **Princípios Penais Constitucionais**. – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 518.

<sup>144</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Martin Claret. São Paulo, 2000, p. 49.

Sob o viés desse princípio se discute a justa medida da pena em relação ao delito cometido, assim o que se pretende é aplicar pena correspondente ao ilícito penal praticado. Não se apresenta como situação de fácil constatação, mormente no momento da cominação da pena, talvez sendo menos complicado aferir a proporção da pena no instante de aplicá-la diante do caso concreto.

Ainda que a proporcionalidade seja de difícil aferição, o artigo 59 do Código Penal oferece uma direção a ser seguida quando prescreve que a pena deva ser “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Aliando ao preceito penal a proteção constitucional dos direitos fundamentais, tem-se na lição de Sebastián Borges de Albuquerque Mello que:

[...] assim, a intervenção penal seja pela ótica da proteção dos bens jurídicos, seja pela dupla prevenção de uma violência maior, deve ser excepcional, vez que atinge Direitos Fundamentais. Dessa maneira, a vulneração penal de direitos e garantias somente pode ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, porque a pena – e outras medidas penais e processuais – só pode ser implementada se atingir na menor escala possível os Direitos Fundamentais, e por isso mesmo, só pode haver intervenção penal se necessária, adequada e proporcional, atingindo o mínimo possível os direitos dos indivíduos.<sup>145</sup>

A pena, portanto, apresenta-se necessária como o meio capaz de “reprovar e prevenir a prática de futuras infrações penais”.<sup>146</sup> Ainda no tocante à necessidade da pena, vale ressaltar que a esta só assume essa característica diante dos agentes que sejam imputáveis; caso contrário a pena não necessita ser aplicada uma vez que os inimputáveis não ensejam juízo de prevenção ou reprovação de suas condutas, mas de tratamento de algum mal que os acomete. Já a suficiência descrita na lei penal acima citada diz respeito a quantidade da pena aplicada, ou seja, deve ser quantitativamente suficiente a fim de sancionar o ilícito praticado.

#### 4.3.7 Do Princípio da Pessoalidade/intranscendência da Pena

É princípio de Direito Penal explícito na Constituição em seu artigo 5º, inciso XLV, nos seguintes termos: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação

<sup>145</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais**. – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 208.

<sup>146</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2. ed. Niterói, 2008, p.111

de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

O princípio em destaque deixa claro que a pena deve ser cumprida por quem transgrediu a norma penal e deve atingir somente o condenado; tratando-se de responsabilidade personalíssima pois que cada um responde por seu atos na medida exata de sua culpa. Restando claro que no “Direito Penal não existe responsabilidade coletiva, societária ou familiar”<sup>147</sup>.

#### 4.3.8 Do Princípio da Culpabilidade

Ao falar-se em culpabilidade, imperioso que a mesma seja delimitada para melhor compreensão, assim segundo Cláudio Brandão:

[...] quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado do dano.<sup>148</sup>

Já se falou que o Direito Penal abandonou a teoria do resultado, onde se analisava objetivamente a lesão praticada contra um bem de terceiro. A teoria da culpa, por sua vez, através de determinação constitucional adota a teoria subjetiva do delito, em que a vontade do agente tem importância a que se pressupõe a investigação de ser ele realmente o autor da conduta ilícita.

Assim, postula-se a liberdade dos indivíduos até mesmo porque “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” conforme inscrito no artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal.

Francesco Palazzo a respeito da função do princípio da culpabilidade escreve que “a ‘virtude’ constitucional do princípio da culpabilidade é dúplice, inscrevendo-se ora como

---

<sup>147</sup> BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.p. 403.

<sup>148</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite de intervenção punitiva do Estado”.<sup>149</sup>

Portanto, tal princípio se apresenta como reforço “ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano”. Como complemento a estudo desse princípio, observa-se a responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva, importante para que se responsabilize criminalmente apenas os agentes que atuaram nos limites do dolo ou da culpa, conforme descrevem os artigos 18 e 19 do Código Penal. E a responsabilização criminal aqui citada deve acontecer considerando a gravidade do mal cometido quando da aplicação da pena de forma proporcional.

#### 4.3.9 Do Princípio da Legalidade

Não se pode conceber o estudo da legalidade sem que se faça remissão aos postulados que a informa, qual sejam a reserva legal, a determinação taxativa e a irretroatividade.

A norma constitucional explicitamente em seu artigo 5º, inciso XXXIX, nos informa que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Segundo Luiz Luisi:

[...] registre-se, ainda, que o postulado da reserva legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado.<sup>150</sup>

Seguindo na análise da legalidade e corroborando os preceitos do Direito penal Mínimo e atendendo ao princípio da dignidade humana, a taxatividade diz respeito ao fato de que as leis penais devem ter conteúdo certo e preciso. Resta nítido que “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”<sup>151</sup>

<sup>149</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 52.

<sup>150</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 23.

<sup>151</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 25.

Ainda há que se falar na irretroatividade para corretamente caracterizar o princípio da legalidade. Consiste assim, a irretroatividade, no postulado de que a lei só alcança os fatos ocorridos durante a sua vigência, não retroagindo para incidir sobre fatos pretéritos; sendo a retroação permitida somente quando em benefício do réu.

É conclusivo que “somente a lei formal, e tão-somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g. medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* – exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)”<sup>152</sup>.

Analisados os princípios garantidores no Estado Democrático de Direito a intervenção mínima do Direito Penal, não se pode deixar de ressaltar que a interpretação e a aplicação dos mesmos somente têm legitimidade ao tempo em que caminharem em conjunto com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na busca do *jus puniendi* insere-se o princípio da dignidade humana como o orientador de todos os demais; conferindo ao ser humano seus direitos e garantias fundamentais com vistas ao seu pleno desenvolvimento de sua personalidade e convivência harmônica com o poder estatal.<sup>153</sup>

#### 4.4 A Necessária Tutela Penal e os Mandamentos Constitucionais de Criminalização

Conforme se pautou este estudo, busca-se a defesa da criminalização da conduta de subtração internacional de crianças prevista na Convenção de Haia de 1980, o que justifica tal necessidade de tutela penal é o fato de que o Direito Penal se mostra capaz de ofertar segurança e em conseqüência, inibir ou reduzir as agressões cometidas contra o bem jurídico tutelado pela norma internacional. Encontra-se aí a utilidade da proteção do convívio familiar pela norma penal.

---

<sup>152</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** - parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 131-132.

<sup>153</sup> BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal** – introdução e princípios fundamentais. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.p. 387.

Como já demonstrado, a regulação civil da Convenção em destaque não se mostrou de todo suficiente, daí a necessidade da pena, pois o Direito Penal se apresenta como o único meio habilitado a exercer o controle social.

Obviamente, o princípio da intervenção mínima, delimitando a subsidiariedade do Direito Penal, deve ser observado, sob o risco de se criar um número exagerado e sem propósito de normas penais. Sem contar que, quando da produção normativa, todos os outros princípios acima descritos devem ser aplicados, assim como na interpretação, caso contrário, se foge aos contornos do Direito Penal Mínimo.

Conforme ilustrado, os bens jurídicos adquirem a categoria de bem jurídico-penal quando insertos na Constituição e são relevantes para a manutenção da ordem social, sendo esse o caminho a ser percorrido para se averiguar a necessidade da tutela penal.

Sendo assim, importante a lição de Alice Bianchini:

[...] a própria Carta impõe a criminalização de bens e valores constitucionais, pois do Estado espera-se mais do que uma mera atitude defensiva. Requer-se que torne eficaz a Constituição, dando vida aos valores que ela contemplou e protegendo-os de eventuais ataques.<sup>154</sup>

É, portanto, na Constituição que se busca a matéria a ser criminalizada, cabendo ao legislador ordinário valorar como penal os bens passíveis de serem criminalizados, sempre em atenção aos princípios da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana, além de seus desdobramentos.

Deve-se fazer menção, ainda, aos mandamentos constitucionais de criminalização expressos e aqui nos interessa a fim de melhor fundamentar a pretensão proposta, o artigo 5º, inciso XLI que estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A partir do que se extrai a importância atribuída a tais direitos e o reconhecimento de que a pena se mostra como o único instrumento capaz de garantir a sua proteção.

Para Luiz Flávio Gomes:

[...] a sinalização da Constituição no sentido da criminalização ou penalização de determinadas condutas, de qualquer modo, não significa, *sic et simpliciter*, que a imposição de sanções penais seja uma operação legisferante automática. Recorde-se que o legislador goza, dentro dos limites estabelecidos na Constituição, de uma ampla margem de liberdade que

---

<sup>154</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.89.

deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática.<sup>155</sup>

Nesse sentido, tem-se que os mandamentos constitucionais criminalizantes se traduzem em obrigação constitucional que tanto funciona para descriminalizar como para criminalizar condutas. Entendidos os ditos mandamentos constitucionais no contexto dos princípios consagradores do Direito Penal Mínimo e do Estado Democrático de Direito, eis que as imposições constitucionais de criminalização devem na concepção de Alberto Jorge C. Barros Lima serem entendidas da seguinte forma:

[...] no Brasil, a Constituição, densificando determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, os mais relevantes, impede, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abolitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal. A tal imposição chamaremos de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo.

[...]

Em um segundo instante, a Constituição, traçando um asérie de ordenações criminalizadoras, determina, expressamente, a proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes. Tal imposição, chamada de cláusulas constitucionais de criminalização, denominaremos imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo.<sup>156</sup>

Por sua vez, as imposições constitucionais criminalizadoras de conteúdo impeditivo ao impedir o legislador e o magistrado de descriminalizar certas condutas, alberga os bens mais importantes para a manutenção da sociedade.

Já as imposições constitucionais criminalizadoras de conteúdo prescritivo, possibilitam ao legislador ordinário alçar ao patamar de bem jurídico-penal aqueles descritos em algumas condutas proibidas ao longo do texto constitucional.

Ressaltando as imposições constitucionais de criminalização vale a transcrição da opinião de Francesco Palazzo:

[...] as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental

<sup>155</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo, RT, 2002, p. 106.

<sup>156</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e discriminação de condutas**: a imposição dos princípios constitucionais penais, Recife, 2006, Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, CCJ. Direito, p 131.

do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.<sup>157</sup>

Seguindo nessa esteira de pensamento, o artigo 227 da Constituição Federal dispõe que:

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).

Interessa aqui analisar a convivência familiar como bem jurídico constitucionalmente garantido e, portanto, digno da tutela penal, haja vista se reunir nessa pretensão todos os requisitos necessários para tanto, uma vez que aqui se atende aos princípios da subsidiariedade da norma penal, da adequação social e da ofensividade.

Tanto é assim, que o convívio familiar já fora regulado pelo legislador ordinário que criminalizou a conduta de subtração de incapazes no artigo 249 do Código Penal com a seguinte redação: “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”.

Resguardada a questão da transnacionalidade e da parentalidade, o que se percebe é que o legislador ordinário brasileiro já considera o convívio familiar como bem jurídico penal, podendo da mesma forma, considerando a permissão do artigo 2º da Convenção de Haia tomar medidas a fim de que no território brasileiro a prática de subtração ou retenção ilícita de criança proveniente de outro país e praticada por parentes seja criminalizada.

---

<sup>157</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e direito penal**, tradução Gerson Pereira dos Santos. Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 103.

## CONCLUSÃO

Resultado de uma sociedade transformada a partir das inovações inerentes a evolução histórico-social, observa-se uma nova forma de configuração familiar que foge aos padrões patriarcais antes estabelecidos.

Toda a facilitação de comunicação, transporte e acesso a tecnologias faz surgir no contexto internacional um número maior de relacionamentos amorosos marcados pela instabilidade. Resultando tais relações em filhos de ex-casais compostos por genitores de nacionalidades diferentes, surge o problema objeto de regulação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

Afastada a terminologia sequestro, uma vez que não se mostra a mais adequada, o que a Convenção descreve como conduta ilícita, é, na verdade, a subtração ou a retenção de criança em país diverso do que fora criada e possui um convívio familiar e comunitário regular.

Desta forma, um dos genitores ou algum parente, priva a própria criança e o outro genitor e os demais familiares do convívio que lhes seria natural e tido por contribuição imprescindível para a formação do caráter do infante em questão, bem como proporcionador de uma evolução da criança à fase adulta com total respeito a sua dignidade.

No entanto, apesar da falta de dados que oferecessem com maior consistência informações acerca do número de casos de subtração parental ocorridas no Brasil, a análise de aspectos procedimentais da Convenção dá conta de que sua executoriedade não se apresenta satisfatória.

Percebe-se que a regulação somente no âmbito civil não é capaz de impedir ou inibir a prática da conduta ilícita repudiada pela Convenção. Informação fornecida no sítio da internet da Advocacia Geral da União – AGU que no Brasil faz as vezes de Autoridade Central, dá conta do aumento do número de casos e apresenta perspectivas futuras nesse sentido.

Destarte, percebendo o perfeito enquadramento do convívio familiar como bem jurídico-penal, apresentou-se a proposta de criminalização da conduta ilícita descrita no artigo terceiro da Convenção de Haia de 1980 como forma de proteção eficaz de bem jurídico dessa relevância.

A justificativa para tanto se encontra no fato de que o Direito Penal se mostrou nesse caso como o controle social formal mais adequado para esse mister, respeitada a

subsidiariedade de sua aplicação e os preceitos do Direito Penal Mínimo, com o total enquadramento dos princípios que o informam.

Destaque-se que a necessidade de penalizar a conduta de subtração ou retenção ilícita se apresenta importante principalmente como fator preventivo, a fim de inibir tal prática; pois o que se demonstra dos casos analisados é que o genitor ou parente que a comete por vezes é “premiado” por tal ilícito devido a morosidade na resolução dos casos, oportunidade em que se aplicam as exceções previstas na Convenção.

Ainda merece menção a linha fronteira em que se encontra o julgador quando se depara com o caso concreto que lhe impõe para a solução do mesmo a opção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou pela Convenção de Haia de 1980 e o deixa nessa margem de escolha entre obediência a ordem pública e o interesse superior da criança e a segurança jurídica que deve existir nas relações internacionais.

Mesmo assim, a criança como principal destinatária da proteção da Convenção sofre todo o prejuízo resultante da conduta ilícita contra si praticada, uma vez que não consegue retornar ao estado original quando sofre danos de cunho moral e psicológico. Sem contar com os casos que resultam em alienação parental e a lesão causada se apresenta de maior profundidade.

Por todas as questões que afetam diretamente a criança quando da prática da conduta ilícita de sua subtração e retenção e pela falta de um cuidado maior na proteção da infância, a Convenção em enfoque necessita de reformulação, mormente a criminalização desta conduta que se apresenta por demais danosa, uma vez que o bem jurídico alvo de proteção adquire o *status* de bem jurídico-penal; além dos mandamentos constitucionais criminalizantes legitimarem tal pretensão. Ademais, registre-se a já penalização da privação do convívio familiar por meio do artigo 249 do Código Penal brasileiro, carecendo apenas de figura típica que inclua a transnacionalidade e a parentalidade para a regulamentação criminal da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. EHRHARDT JR, Marcos. OLIVEIRA, Catarina Almeida de.(coord.) **Famílias no direito contemporâneo**: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Editora JusPodium, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros, São Paulo, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3. ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Martin Claret. São Paulo, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.30.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Lei Federal 8069, de 13 de julho de 1990: Promulga o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 16.07.1990.

CARBONELL, Miguel (edición). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed Madrid: Editorial Trotta 2005.

CONVENÇÃO Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Supremo Tribunal Federal. Disponível em; <<http://www.stf.jus.br/convençãohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvenção>>. Acesso em: 15 jan 2010.

CONVENÇÃO Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convençãohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvenção>>. Acesso em: 15 jan 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: JusPodium, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Maria Berenice (coord). **Incesto e Alienação Parental**: Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional**. A Criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

FARIAS Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GALDINO, Flávio e SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, renovar, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, V.3

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo, RT, 2002.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público** – Alagoas, n. 6: 13-19, jul/dez 2001.

\_\_\_\_\_. Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminação de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais, Recife, 2006, Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, CCJ. Direito.

LUIZI, Luiz. Os **Princípios Constitucionais Penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – Aspectos teóricos e práticos. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Martha. **A proteção constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos**. São Barueri: Manole, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.) **Coletânea de Direito Internacional**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Internacional Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Editora JusPodium, 2008.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados internacionais no Brasil. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças (Haia, 1980). **Jus Navigandi**, Tereseina, ano 10, n. 1082, 18 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=8517>>. Acesso em: 24c de maio de 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva 1998, V.2.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e direito penal**, tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, out-nov 2009, Ano XI, nº 12.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral – arts. 1º a 120. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 249. 7.ed. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**: A Participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais**: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodium, 2007.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais: tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista**

**Brasileira de Ciências Criminais.** v. 53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Março-abril de 2005.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito** – Uma visão substantiva. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

TARANTA, Ângela. **Conceitos de Ordem Pública e Bons Costumes nos contratos.** Portugal: Verbo Jurídico, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito, Sociedade e Riscos:** A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. UNICEUB, Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. **Governo dos Riscos.** Brasília: Pallotti, 2005.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.