

# Direito de correção de menores\*

## *Right of correction over minors*

Diego-Manuel Luzón Peña 

**Resumo:** Mesmo após as reformas da legislação civil espanhola suprimindo o reconhecimento expresso do direito de correção parental a menor, tal direito persiste em geral como parte indispensável do direito fundamental/dever de educação. Mas é discutido se uma correção física está permitida, se é punível ou se é ilícita, mas não punível. Aqui se sustenta, no mesmo sentido de decisões recentes do Tribunal Supremo espanhol, que o castigo físico ao menor que não cause lesão alguma, por não vulnerar a sua integridade física e psíquica, pode estar amparado pela adequação social compartilhada pela grande maioria da população e por um direito de correção consuetudinário e conforme à Constituição.

**Palavras-chave:** direito de correção; menores de idade; causas de justificação; exercício regular de direito.

**Abstract:** Even after the reforms of the civil legislation that suppressed the express recognition of the parental right of correction over minors, such right still subsists in general as an indispensable part of the fundamental right and duty of parents to educate their children. It is however disputed whether corporal punishments are allowed, are indeed punishable or are illegal but non-punishable. Here it is argued, as did the Spanish Supreme Court in recent rulings, that minimal corporal punishments of minors that do not cause any injuries are allowed according to the idea of social adequacy among the great majority of the population and also according to a customary parental right of correction in line with the Constitution, since they do not violate the minor's physical and psychological integrity.

**Keywords:** right of correction; minors; justification; lawful exercise of a right.

**Sumário:** Introdução; 1 Questões gerais do exercício de um direito; 1.1 Classes e fontes dos direitos; 1.2 Legitimidade do exercício: excesso intensivo e extensivo; 1.3 Parte subjetiva: elemento subjetivo de justificação em alguns direitos, como o de correção; 2 Direito de correção de pais e tutores; 2.1 Pressupostos de fato e requisitos: admissibilidade ou não de castigo físico mínimo; 2.1.1 O castigo físico mínimo: interpretações atuais; 2.1.1.1 Caráter

---

\* Publicação original: Derecho de corrección a menores. *Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 18, n. 99, p. 11-35, 2022. DOI: 10.17230/nfp18.99.1. Tradução: **João Victor Assunção** e revisão de **Frederico Horta**.

delitivo ou ilicitude penal; 2.1.1.2 Exclusão da antijuridicidade ou ilicitude e até mesmo atipicidade desde o início; 2.1.1.3 Outras soluções de impunidade (mas não de licitude), em especial a de exclusão somente da tipicidade penal ou da antijuridicidade penal; 2.1.1.3.1 Atipicidade; 2.1.1.3.2 Causas de exclusão somente da tipicidade penal ou do ilícito penal; 2.1.1.3.3 Proposta de Roxin de uma causa pessoal de exclusão da punibilidade *de lege ferenda*; 2.1.2 Castigos não físicos; 2.2 Adequação e necessidade da intensidade da correção: excesso; Conclusão; Referências.

## Introdução

As modificações produzidas nos últimos anos na legislação civil de diversos países, em razão da tendência à desejável eliminação da violência contra menores, em muitas das quais se suprime a referência expressa ao direito de correção dos pais e, inclusive, declara proibidas na educação dos menores as punições que atentem contra sua dignidade ou integridade, suscitam a discussão sobre se também estão proibidas ou não as correções físicas mínimas. Isso será exposto e discutido à luz da situação nos Direitos espanhol e alemão.

## 1 Questões gerais do exercício de um direito

### 1.1 Classes e fontes dos direitos

O exercício legítimo de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico autoriza a realizar uma conduta em princípio típica – que realiza a parte positiva de um tipo – e, portanto, justifica-a. Para os fins que aqui interessam, é irrelevante se se trate de um direito subjetivo, de uma potestade ou de uma simples faculdade (sem que seja necessário adentrar nas árduas discussões acerca da caracterização e delimitação de tais figuras), pois basta que o cidadão tenha juridicamente reconhecido um poder para realizar essa conduta. Ora, aqui não é suficiente remeter-se simplesmente ao âmbito do não regulado ou do não proibido, ou seja, ao princípio de que todo o não proibido está permitido, pois a conduta é subsumível a um tipo penal e, portanto, em princípio encontra-se proibida; assim, para justificá-la é necessário um direito de atuação juridicamente reconhecido. A norma que concede ou reconhece o direito pode estar na legislação (leis e regulamentos de direito interno ou comunitário europeu), em tratados incorporados ao direito interno ou em normas de direitos humanos, mas também, ainda que excepcionalmente, no direito consuetudinário ou, inclusive, em princípios gerais de direito (desses dois últimos pressupostos podem derivar-se, por exemplo, casos de risco permitido, de adequação social e jurídica ou de inexigibilidade jurídica geral, que, em última análise, podem levar ao exercício de direitos).

## 1.2 Legitimidade do exercício: excesso intensivo e extensivo<sup>1</sup>

O art. 20, 7<sup>o</sup>, do Código Penal espanhol (CPEs) registra que o exercício do direito há de ser “legítimo”, é dizer, a forma de exercê-lo ou realizá-lo há de ser conforme o direito, seus princípios e limites (como recordam Cobo del Rosal e Vives Antón, o art. 455 do CPEs destaca que pode haver “realização arbitrária do próprio direito”<sup>2</sup>). Nesta causa de justificação não se detalha expressamente seus limites mediante os correspondentes requisitos, já que os limites serão distintos conforme o direito de que se trate; mas a exigência de exercício legítimo supõe uma remissão às diversas condições e aos limites impostos para a legitimidade do exercício de cada direito. Em algumas ocasiões a norma autoriza expressamente a realização de uma ou várias condutas à *escolha* e, às vezes, detalha também a forma de sua realização; mas, em outros casos, autoriza de modo mais genérico a escolha de diversos meios para alcançar um fim permitido e, aqui, geralmente regem os limites impostos pelo princípio da necessidade (da atuação lesiva), e às vezes se exigirá também um certo grau de proporcionalidade, adequação, moderação etc. Neste contexto, cabe discutir também a questão de se a legitimidade do exercício do direito concreto requer o correspondente ânimo ou elemento subjetivo de justificação (por exemplo, finalidade educativa no direito de correção, ânimo de usar e não de abusar do exercício de outros direitos<sup>3</sup>). O exame desses requisitos corresponde ao estudo de cada direito em particular.

- 
- 1 Cf. já em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 12 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 12 s.
  - 2 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal* PG, p. 473. Da mesma forma, o art. 289 do Código Penal espanhol (subtração da própria coisa de sua utilidade social ou cultural) destaca que danificar, destruir ou inutilizar uma coisa própria, que em princípio nada mais é que o exercício de faculdades de domínio, uso e disposição, torna-se um exercício ilegítimo do direito de propriedade se a coisa é de utilidade social e cultural e, portanto, afeta os interesses da comunidade. Mas, ademais, fora do Código Penal espanhol e com um caráter mais geral (o do título preliminar do Código Civil espanhol), o art. 7.2 do Código Civil espanhol proíbe o “abuso do direito ou o exercício antissocial do mesmo”.
  - 3 Como afirmei em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 21, nm. 26 ss., não se pode compartilhar nem a posição que exige um elemento subjetivo de justificação em todas as causas de justificação nem a que o nega em todas elas, mas parece mais correto afirmar que, em princípio, tais elementos subjetivos não são exigidos, a menos que da regulamentação de alguma se depreenda o contrário. Contudo, da regulamentação do art. 7 do CCEs após sua reforma pelo texto do D 31/05/1974 (desenvolvendo a Lei de Bases de 17/03/1973), depreende-se a exigência da boa-fé e da boa intenção para o exercício legítimo dos direitos e que a má intenção, junto com outras circunstâncias objetivas, dá lugar ao abuso de direito. Esse art. 7 do CCEs dispõe: “1. Os direitos devem ser exercidos de acordo com as exigências da boa-fé. 2. A lei não protege o abuso de direito ou o exercício antissocial do mesmo. Qualquer ato ou omissão que, pela intenção de seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que é praticado, exceda manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano a terceiros, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativa que impeçam a persistência do abuso”. De todo modo, como se vê, para o abuso de direito não basta a má-intenção, mas deve ir unida à manifesta ultrapassagem dos limites normais do exercício, assim como a dano para terceiro. E,

Quando a conduta seguir mantendo-se dentro dos casos nos quais cabe exercer o direito (requisito essencial), mas se ultrapasse os limites – por exemplo: de necessidade, proporção ou adequação – impostos ao seu exercício, este se converte em ilegítimo, mas há um injusto menor, uma causa de justificação incompleta (excesso intensivo: eximente incompleta do art. 21, 1.<sup>a</sup>, com a atenuação especial do art. 68 do CPEs); e, como tenho sustentado de modo geral para as causas de justificação – e para a legítima defesa –<sup>4</sup>, essa atenuação se dá ainda que tal excesso intensivo seja doloso. Mas, se for culposo (consciente ou inconsciente devido a um erro vencível), a atenção da causa de justificação incompleta de exercício do direito operará sobre a menor pena do tipo culposo (caso este exista; em caso contrário, haveria impunidade por essa conduta culposa). Quando ultrapassar os limites do exercício legítimo significar sair totalmente do âmbito do direito, haverá um excesso extenso e, ao não concorrer o requisito essencial, não cabe sequer uma eximente incompleta.

### 1.3 Parte subjetiva: elemento subjetivo de justificação em alguns direitos, como o de correção

Para atestar a ausência de desvalor de ação, a maioria das causas de justificação requer apenas o conhecimento da situação justificante (pois, do contrário, haveria tentativa inidônea) e não demanda como especial elemento subjetivo o ânimo ou a finalidade correspondente que motive precisamente a atenuação, a não ser que excepcionalmente isso se depreenda inequivocamente, de modo expresso ou tácito, da própria causa de justificação<sup>5</sup>.

Na maioria dos casos de exercício de direito não se exige esse específico ânimo como motivação da conduta, mas há alguns casos em que ele se faz presente. Assim, no direito privado aplica-se o princípio da boa-fé, ou seja, a obrigação das partes de atuar de boa-fé no exercício dos direitos, segundo o art. 7.1 do Código Civil espanhol (CCEs) e, de acordo com inúmeros outras disposições do CCEs, nos contratos e, em geral, nas obrigações e nos direitos de crédito; e, por outro lado, o art. 7.2 do CCEs proíbe expressamente o abuso de direito; por isso,

---

por outro lado, surge a questão se este preceito, apesar de estar contido no Título Preliminar do CCEs, relativo às “normas jurídicas, sua aplicação e eficácia”, afeta todos os direitos, incluindo os constitucionais e os públicos, ou se seu âmbito de aplicação é mais o do Direito privado.

4 Sobre isso, conferir LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 21, nm. 31 s.; quanto ao excesso na legítima defesa, cap. 22, nm. 73.

5 Assim expus em outros lugares: LUZÓN PEÑA, *ComLP* V, p. 251 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 21, nm. 26 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 21, nm. 26 ss.

se uma parte exerce seu direito com abuso, é dizer, amparando-se formalmente nos limites legais, mas movido pela finalidade de causar prejuízo a outrem e, por isso, ultrapassando os limites normais do exercício desse direito, haverá um exercício ilegítimo deste e, se a atuação era típica, haverá um excesso, que geralmente será intensivo por causar mais prejuízo do que o estritamente necessário (causa de justificação incompleta com sua atenuação da responsabilidade penal; arts. 21, 1.<sup>ª</sup>, e 68 do CPEs), mas que pode chegar a ser excesso extensivo se a atuação perpassar por completo do âmbito do direito correspondente. E quanto ao direito de correção depreende-se implicitamente, porém inequivocamente, de seu próprio sentido e função que a atuação sancionadora dos pais e tutores há de estar motivada exclusivamente pelo *animus corrigendi* ou *educandi*, porque se é perceptível que o castigo está guiado por ódio, crueldade ou, em geral, pelo ânimo de causar sofrimento ao menor, não poderá cumprir sua função educadora e será, portanto, exercício ilegítimo desse direito<sup>6</sup>.

## 2 Direito de correção em pais e tutores

### 2.1 Pressupostos de fato e requisitos: admissibilidade ou não de castigo físico mínimo

Antes de 2008, o CCEs mencionava no art. 154 o direito de correção paterno e no art. 268 o dos tutores, e em ambos previa expressamente o direito de castigo dos pais ou tutores sobre os filhos ou tutelados, autorizando “corrigi-los moderadamente”. Isso se interpretava unanimemente na doutrina e na jurisprudência que justificavam o castigo físico ao menor sempre proporcional à infração e que não causasse lesões, justificando-se, portanto, se estivesse dentro dos limites do necessário e moderado, a contravenção de maus-tratos prevista no art. 617.2 do CPEs (considerado desde 2015 como *delito leve* do art. 147.3, em geral, e *delito menos grave* do art. 153.2 CPEs contra a criança e, se o menor for uma pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor, delito qualificado do art. 153.1 CPEs), e se discutia somente se também atuaria justificadamente

---

6 Cf. sobre o asunto LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 60 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 60 ss.

quando se causava uma lesão mínima constitutiva de falta do art. 617.1 (desde 2015 *delito leve* do art. 147.2 CPEs)<sup>7-8</sup>.

Na redação anterior do art. 154 do CCEs:

Os filhos não emancipados estão sujeitos à autoridade do pai e da mãe. / O poder parental se exercerá sempre em benefício dos filhos, de acordo com sua personalidade, e compreende os seguintes deveres e faculdades: / 1º. Zelar por eles, tê-los em sua companhia, alimentá-los, educá-los e proporcionar-lhes uma formação integral. / 2º. Representá-los e administrar seus bens. / Se os filhos tiverem juízo suficiente deverão sempre ser ouvidos antes de adotar decisões que os afetem. / Os pais poderão, no exercício de sua potestade, obter o apoio da autoridade. *Poderão também corrigir razoável e moderadamente aos filhos.*

Até 1981, o inciso final previa “corrigir e castigar”. E o art. 268 do CCEs previa para os tutores o mesmo que o art. 154 em relação à correção.

Após a reforma operada no CCEs pela DF 1ª L 54/2007, de 28-12, devido à vontade declarada em sua Exposição de Motivos de não infringir o – um tanto impreciso – art. 19.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20.11.1989 e seguir as últimas tendências pedagógicas contrárias ao castigo físico na educação, segue o novo art. 154 do CCEs:

Os filhos não emancipados estão sujeitos à autoridade do pai e da mãe. / O poder parental se exercerá sempre em benefício dos filhos, de acordo com sua personalidade, e *com respeito a sua integridade física e psicológica.* / Esta autoridade compreende os seguintes deveres e faculdades: / 1º. Zelar por eles, tê-los em suas companhia, alimentá-los, *educá-los e proporcionar-lhes uma formação integral.* [...].

E o art. 268, 1º, do CCEs agora prevê que “os tutores exercerão sua função de acordo com a personalidade de seus tutelados, *respeitando sua integridade*

---

7 Cf. a exposição exaustiva e muito detalhada da doutrina e da jurisprudência em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 478-483 (igual em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista Penal*, n. 26, 2010, p. 101 ss., nota 2, p. 103-105), mas, em outras publicações (*LH-Mir Puig*, p. 499-502; *Revista Penal*, n. 26, 2010, p. 113 ss.), também inclui opiniões anteriores à reforma do CCEs em 2007 contra a justificação do castigo físico como um direito de correção, ainda que moderado, em doutrina e jurisprudência de diversas AP.

8 Nota do tradutor: diversamente da legislação brasileira, que prevê a distinção entre crimes e contravenções, em sua redação original o art. 13 do CPEs classificava as infrações da lei penal em *delitos graves*, *delitos menos graves* e *faltas*, conforme a pena prevista para os respectivos tipos penais. A partir da reforma vigente desde 2015, todas as infrações passaram a ser consideradas delitos (*graves*, *menos graves* e *leves*), novamente classificados conforme a sanção prevista. Nesse sentido, MIR PUIG, *Derecho penal* PG, p. 699-700.

*física e psicológica*”, e o art. 269, 2º, obriga o tutor também “a educar o menor e proporcionar-lhe uma formação integral”.

Paralelamente e de modo bastante similar na Alemanha, com certa antecedência, diante da reforma de 1998, substituiu-se a anterior redação do § 1631 II do seu BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), que previa: “O pai pode empregar meios adequados de correção contra o filho em virtude do direito de educação”, por novos termos que declaravam que “são inadmissíveis as medidas degradantes de educação, especialmente os maus-tratos físicos e psíquicos”; e, por fim, a Lei para a proibição da violência na família (*Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung*), vigente desde 03.11.2000, substituiu-a por essa nova redação do § 1631 II BGB: “Os filhos têm direito a uma educação sem violência. As punições corporais, as lesões psíquicas e outras medidas degradantes (ou contra a dignidade: *entwürdigende Massnahmen*, literalmente ‘*desdignificantes*’) são inadmissíveis”.

Pois bem, apesar da recente reforma do CCEs, assim como a do BGB, suprimindo a menção expressa ao direito de castigar e corrigir moderadamente aos filhos menores por parte dos pais que os têm sob sua autoridade, perdura o direito de correção paterno. Vejamos.

### 2.1.1 O castigo físico mínimo: interpretações atuais

#### 2.1.1.1 *Caráter delitivo ou ilicitude penal*

Após as reformas indicadas do CCEs e do BGB, há diversas opiniões que consideram que o castigo físico, ainda que seja mínimo e não cause lesão (e ainda mais se causar apenas uma mínima lesão superficial e transitória), é *sempre penalmente antijurídico*, porque subsumível ao tipo penal de maus-tratos leve sem lesão e porque não encontra amparo no CCEs ou no BGB pela faculdade de corrigir moderada ou adequadamente ao menor. Pelo contrário, esses textos agora proíbem as punições *físicas* e, em geral, as medidas que afetem a integridade física ou psicológica<sup>9</sup>. Isto é mantido por essas opiniões, quer compartilhem ou

---

9 Essa é a opinião na Espanha de, por exemplo, ROMERO RODRÍGUEZ, *AJMen* 4/2004, p. 237; DE TORRES PEREA, *LL* 6881, p. 1676 s.; BOLDOVA PASAMAR, *RDPCr* 5, p. 63; e BOLDOVA PASAMAR, *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, p. 964, embora siga admitindo, em geral, o direito de correção, rejeita-o para a violência que cause qualquer lesão física ou psíquica, inclusive muito leve, como hematomas ou arranhões; LACRUZ LÓPEZ, *Curso de derecho penal* PG, 2.ª 2016, lição 18, p. 479: os castigos corporais, ainda que meros maus-tratos, afetam em todo caso a integridade física, se não a psicológica do menor; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal* PG, p. 335: não sendo justificados pelo direito de correção os maus-tratos ao menor, inclusive os ocasionais, pelos arts. 147.3 e 153 do CCEs, isso “torna antijurídico qualquer castigo físico, mínimo que seja, como um soco,

não a nova versão legal; e o máximo que podem admitir é uma atenuação – no Direito espanhol por eximente incompleta por haver necessidade geral de correção, mas ser ilícito o meio empregado – ou um erro de proibição nos pais<sup>10</sup>, que atenuará sua culpabilidade e, em casos extremos, será excluída, caso se considere o erro totalmente invencível.

Na doutrina alemã, quem mantém essa posição emprega não somente esses mesmos argumentos para negar um direito de correção que ampare um corretivo, mas também o argumento específico de que a nova regulação do § 1631 II BGB declara inadmissíveis, sem distinguir, (todas) as “punições corporais” e acrescenta “e outras medidas degradantes”, o que em sua opinião significa também que o castigo físico é sempre degradante e, por isso, proibido<sup>11</sup>.

Não obstante, essa posição não está correta e tampouco é a mais convincente: ao considerar antijurídico, ilícito, todo castigo físico mínimo necessário para esses pais, não somente ignora as importantes razões que irei expor a seguir a favor de sua licitude (2.1.1.2), em princípio como direito de correção, e, por isso, é suscetível às mesmas objeções e críticas, expostas *infra* em 2.1.1.3, que cabe fazer às soluções que consideram esse castigo ilícito, ainda que impunível:

---

um tapa, uma sacudida, ou um empurrão de pouca importância” (ainda que, em sequência, critique esta situação e diga que somente poderá ser remediada em casos especialmente leves, negando a tipicidade da conduta de mau-trato, dada sua adequação social, sua insignificância ou, melhor ainda, uma interpretação teleológica restritiva, mas não esclarece como pode haver casos especialmente leves atípicos se qualquer castigo físico, por mínimo que seja, é típico e antijurídico). Menos contundente, MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal* PG, p. 587 s.: a reforma limita ainda mais “em uma linha de quase inaplicabilidade” o já limitado direito de correção, o que deixa a porta aberta para em nota 1284 na p. 588 propor uma interpretação restritiva dos maus-tratos que converta em atípicas “condutas de escassa relevância” (e nesta nota na página 587 cita nessa linha de atipicidade por insignificância, adequação social ou escassa relevância a SAP Cádiz secc. 7.ª 109/2013.). Na doutrina alemã essa posição também é numerosa: ver *infra*, nota 10.

- 10 Cf. sobre o fato de que somente a essas possibilidades se pode recorrer caso se considere sempre punível o castigo físico, ainda que mínimo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 509-513. Destaca também a possibilidade de erro de proibição MIR PUIG, *Derecho penal* PG, cap. 18, nm. 42, mas, ademais, como admite o direito de correção no castigo físico sem lesão (v. *infra*, n. 17), acrescenta para este caso a possibilidade de atenuação da eximente incompleta se houver algum excesso. Também em numeroso setor da doutrina alemã, que considera que atualmente, após a reforma do BGB, é inadmissível e punível qualquer castigo físico, ainda que sem lesão, admite-se para os casos menores a possibilidade de atenuação da pena ou de suspensão e arquivamento do processo por razões de oportunidade previstas em sua lei processual penal: cf., com citações sobre esse setor, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht* AT, nm. 605 e n. 3.
- 11 Assim, por exemplo, MITSCH, *JuS* 32, p. 290; BUSSMANN, *Verbot familiärer Gewalt gegen Kinder*, p. 379 ss.; HILLENKAMP, *JuS* 2001, p. 159 ss.; OTTO, *Jura* 2001, p. 670 s.; KARGL, *NJ* 2/2003, p. 57 ss. e 59; ROXIN, *JuS* 44, p. 179 ss. (= ROXIN, *RDPCr* 16, p. 240 ss.); ROXIN *Strafrecht* AT I, § 17/37 ss., 46 (mas exigindo que o castigo físico exceda o liminar do mau-trato físico requerido no tipo de lesão); HENNES, *Das elterliche Züchtigungsrecht*, passim; HERZBERG, *JZ* 64, p. 333; HEINRICH, *Strafrecht* AT, nm. 520 ss.; FRISTER, *Strafrecht* AT, cap. 13/8; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 17/37 ss., 46. Para mais referências, conferir HEINRICH, *ZIS* 5/2011, p. 431 ss.

sua incompatibilidade com a concepção social majoritária de licitude e adequação social de tais punições físicas e suas consequências indesejáveis de responsabilizar civilmente a mãe ou o pai que aplique o castigo e de admitir a reação contra uma agressão antijurídica dos pais (aqui, ademais, como tal agressão ilícita seria penalmente típica, permitiria, sem dúvida, para todas as posições, uma reação contrária em legítima defesa); mas, também, ao sempre considerar delitivas (típicas) essas punições mínimas, tal solução entra ainda em maior contradição com a convicção social majoritária, que, além disso, encontra-se de acordo com a valoração jurídica, e consideraria, de forma desnecessária e absurda, como delinquentes milhões de pais que ocasionalmente recorrem à correção física mínima, com uma sobrecriminalização ainda mais contraproducente das relações familiares<sup>12</sup>.

### **2.1.1.2 Exclusão da antijuridicidade ou ilicitude e até mesmo atipicidade desde o início**

Creio que a correção mediante o *castigo físico, não mais moderado, mas mínimo*, como um soco, um tapa, ou um ou alguns poucos flagelos com a mão, em alguma ocasião concreta em que fique evidente que se trata de uma correção ou um castigo devido e proporcionado diante de uma falta relevante, ou inclusive reiterada do menor, e quando não se mostraram suficientes repressões e advertências anteriores, ainda que já não se possa explicar como exercício de um direito legal expresso, é *exercício legítimo de um direito consuetudinário de correção*<sup>13</sup> (sempre que, insisto, dadas as circunstâncias do caso concreto, esse castigo físico mínimo seja necessário, proporcional e adequado à infração do menor, ou seja, que não haja excesso: *vide infra* 2.2). Ademais, na medida em que *também* cai dentro do âmbito da *adequação social* (e agora veremos que sem oposição jurídica), pode-se entender que este direito encaixa já na *exclusão ab initio da tipicidade*<sup>14</sup>, não havendo o menor indício de qualquer ilicitude<sup>15</sup>.

12 Essa última crítica à sobrecriminalização das relações familiares é destacada em HOYER, *FamRZ* 2001, p. 522; BEULKE, *FS-Schreiber*, p. 36 s.; ROXIN, *JuS* 44, p. 179 s. (= *RDPCr* 16, p. 241); ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 17/47 s.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 17/47 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 509, 522 ss.

13 Defende também que é um direito consuetudinário (e, além disso, derivado do direito constitucional à educação). SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, *RDP* 28, p. 74 s. Contra, cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 503 s.: cf. *Infra*, notas 19 e 18.

14 Assim me pronunciei sobre ambos os fundamentos, exercício de um direito consuetudinário e adequação social, em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (2. ed.), cap. 25, nm. 52 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (3. ed.), cap. 25, nm. 52 s.

15 Essa é a natureza da causa de atipicidade por exclusão desde o princípio de qualquer indício de ilicitude, que deve ser atribuída à adequação social quando também é jurídica, é dizer, se não é contrária a uma regulamentação jurídica; enquanto que se houver adequação social, mas não jurídica pela conduta se opor a uma regulamentação

Sem a menor dúvida, hoje na Espanha, e na maioria dos países, apesar das opiniões contrárias e dos reparos daqueles que preferem a educação e correção sem castigo físico algum, perdura na população um costume absolutamente majoritário, e com convicção de ser conforme ao direito, de que essa espécie de pequenas correções parentais são legítimas por serem, às vezes, absolutamente indispensáveis aos pais – à grande maioria dos pais, diante de sua formação, seus conceitos e sua preparação – para a correção e o adequado encaminhamento da educação do menor, sobretudo em sua formação na primeira infância. Até tal ponto, é assim que essas reações são consideradas, de modo muito majoritário, inclusive como cotidianas, normais, juridicamente irrelevante e, por isso, socialmente adequadas<sup>16</sup>. E há que se advertir que, para admitir adequação social, a meu juízo, basta a convicção amplamente majoritária, sem que seja necessária a convicção unânime e sem que convicções minoritárias contrárias impeçam a adequação social de uma conduta.

Esse costume, que é a base da adequação social, não tem base legal expressa, agora que o CCEs não reconhece expressamente a faculdade de “corrigir moderadamente” aos filhos, ainda que, por outro lado, possa ter fundamento constitucional, como veremos a seguir; contudo, a meu juízo, não é um costume *contra legem*<sup>17</sup>, porque agora a lei proíbe que o exercício da autoridade parental afete a “integridade física” e a “psicológica”, mas as hipóteses indicadas de castigo físico mínimo (socos, tapas, flagelo isolado ou similar, de modo não perigoso nem humilhante) não lesionam a “integridade” física nem a psíquica. Ainda que a vontade declarada do legislador tenha sido suprimir a autorização de todo castigo físico, o art. 268, 1.º, do CCEs não se refere à “intangibilidade”, mas à “integridade física” do menor; e essas punições físicas mínimas, que são, em princípio e somente, golpes ou maus-tratos previstos no art. 147.3 (até 2015 previsto como falta no art. 617.2) ou do art. 153.2, *afetam certamente a intangibilidade física, mas não prejudicam a integridade física* (e, sendo mínimos e ocasionais, *ainda menos a psíquica*)<sup>18</sup>, que não padece de nenhuma forma nem sofre comprometimento

---

jurídica, tal adequação social será uma causa de exclusão somente da tipicidade penal, mas não da antijuridicidade. Cf. sobre isso LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 20, nm. 16 ss., 45 s.

16 Assim, já em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 53; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 53.

17 A argumentação que segue sobre o porquê do exercício deste costume e adequação não ser contrário à lei atual, por se referir a punições físicas mínimas que somente afetam a intangibilidade física, mas não a integridade física ou psicológica, já expus substancialmente em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 53 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 53 s.

18 Igual, MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, *Comentarios al Código Penal* (2011), p. 93; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, *Comentarios al Código Penal* (2015), p. 131, onde inclusive acreditam que o direito de castigo físico (tapas ou

em seu funcionamento orgânico (que será afetado ou prejudicado, mesmo que temporariamente, por ferimentos ou cortes, contusões, queimaduras ou agressões físicas ou químicas, com alterações corporais), muito menos na subsistência das partes do corpo. Essa integridade física somente é afetada e prejudicada por lesões corporais, mesmo que sejam leves e constitutivas somente do delito leve do art. 147.2 (até 2015 previsto como falta no art. 621.1) ou de delito não grave do art. 153.2 do CPEs.

Sendo assim, o costume não contraria o que é expressamente proibido pela lei, *não é contra legem*<sup>19</sup>, e, se não tivesse nenhum suporte legal, poderia ser dito que *praeter legem*, a margem da lei e que pode operar como uma fonte de Direito, excluindo a responsabilidade criminal, o que é admissível como causa de justificação supralegal (ou, caso se prefira, extralegal)<sup>20</sup>. Mas acredito que se pode afirmar ainda mais: que a aceitação social muito majoritária da correção ou do castigo físico ocasional, mínimo, sem qualquer lesão ao menor como socialmente adequada é costume *secundum legem*, seguindo a lei, conforme a lei e que a desenvolve: em primeiro lugar, *está de acordo com a lei civil, arts. 154 e 268, 1.º, do CCEs*, uma vez que cumpre a exigência de “respeito à integridade física e psíquica do menor”, que não é prejudicada nem afetada por não produzir nenhuma

---

outros maus-tratos) sem lesão física ou psíquica é exercício do direito de correção legal dos arts. 154 e 268 do CCEs; no mesmo sentido, MIR PUIG, *Derecho penal* PG, cap. 18, nm. 42; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 54; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 54. Chega ao mesmo resultado, de admitir o direito de correção no mau-trato ocasional, que não afete a integridade física, mas sem destacar que isso não contradiz a proibição da nova regulamentação do CCEs, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Derecho penal* PG, cap. 16, p. 248 s. Contra, cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 504: não pode contradizer uma norma legal bastante clara como é a nova redação do art. 154 do CCEs, que exige o respeito à integridade física e psicológica das crianças, embora em linhas anteriores reconheça que se pode argumentar (certamente diz “aparentemente de modo excessivamente formalista”) “que a integridade física somente é prejudicada quando há uma lesão em sentido estrito e não um mero mau-trato. O argumento não é trivial”, mas o rejeita dado que também se suprime toda menção ao poder de correção razoável e moderada e que a finalidade do legislador parece tender à proibição de qualquer propósito violento; isso apesar de, após ter citado em páginas anteriores a Exposição de Motivos neste sentido da lei reformadora desse art. 154 do Código Civil espanhol, na página 503 admitir que a vontade do legislador, ainda que sendo indicativa, não é decisiva. De todo modo, sua posição é sempre cautelosa, pois na página 508 interpreta novamente assim o art. 154 “a menor que se queira adotar a interpretação restritiva, antes indicada, baseada no termo integridade”.

- 19 Em sentido contrário, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 504: “O que não cabe é recorrer ao Direito consuetudinário, pois esse não pode contradizer uma norma legal bastante clara, embora seja certo que menos categórica que o [...] § 1631 II BGB”, qualificando, assim, a nova redação do art. 154 do CCEs como bastante clara, embora em linhas anteriores reconheça que se pode argumentar que a integridade física somente se é prejudicada quando há uma lesão em sentido estrito e não um mero mau-trato de obra: cf. mais detalhes dessa sua posição na nota anterior.
- 20 Essa é a posição que mantive até agora em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 55; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 55; mas agora acredito que há que dar um passo além considerá-la costume *secundum legem*, conforme a lei, como explicarei a seguir.

lesão (posição que é adotada pela última jurisprudência do TS – *Tribunal Supremo*<sup>21</sup>), que, inclusive, dispensa o recurso ao direito consuetudinário e considera dentro desses limites o direito de correção parental como um direito autônomo inerente aos poderes da autoridade parental<sup>22</sup>; e, também, está de acordo com a lei da leis, com a Constituição, como vamos ver:

Os preceitos constitucionais que servem de apoio ao mencionado direito consuetudinário dos pais de impor correções físicas mínimas são aqueles relacionados ao direito fundamental à educação do menor e aos deveres parentais de cuidado e educação das crianças. Não apenas em uma declaração tão clara como o art. 6. II da GG (*Grundgesetz* – Lei Fundamental alemã), deste teor: “O cuidado e a educação dos filhos são o direito natural dos pais e dever primordial de sua incumbência. Pelo seu exercício preza a comunidade estatal”. Sem dúvida, também o art. 27.1 da *Constitución española* (CE), que reconhece como direito fundamental que “todos têm direito à educação” (de acordo com o art. 39.3: “Os pais devem prestar assistência de toda ordem a seus filhos... durante sua menor idade e...”), e não se refere apenas ao direito passivo à educação que os menores tem de recebê-la<sup>23</sup>, mas o direito à educação, assim como o direito à informação (informar e ser informado), também tem um aspecto passivo, dos menores serem

21 NT: sediado em Madri, o *Tribunal Supremo* espanhol atua em todo o território nacional, constituindo o tribunal superior em todas as matérias (civil, penal, contencioso-administrativo e social), salvo o disposto em matéria de garantias e direitos constitucionais, cuja competência corresponde ao *Tribunal Constitucional*.

22 Essa é também a posição que vem sendo adotada pelo TS espanhol. Assim, mesmo após a reforma do art. 154 do Código Civil espanhol na STS 578/2014, de 10-7: “O poder que os pais têm para corrigir seus filhos, em qualquer caso, está integrado dentro do conjunto de direitos e obrigações que surgem da autoridade parental e [...] tem como limite intransponível a integridade física e moral dos filhos”; doutrina seguida na STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º, que é seguida e referida na STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2, defendendo a subsistência de um moderado e proporcional “direito de correção”, que, “após a reforma do art. 152.2 do Código Civil, segue existindo como necessário para a condição da função de educar inerente à autoridade parental, contemplada no art. 39 CE e como contrapartida ao dever de obediência dos filhos para com seus pais, previsto no art. 155 do Código Civil. Somente deste modo os pais podem, dentro de certos limites, atuar para corrigir as condutas inadequadas de seus filhos. Se considerássemos suprimido o direito de correção e sob seu amparo determinadas atuações dos pais, tais como dar um leve soco ou punir as crianças sem deixá-las sair um fim de semana, esses atos poderiam integrar tipos penais como o mau-trato ou detenção ilegal. Portanto, após a reforma do art. 154.2 do Código Civil, o direito de correção é uma faculdade inerente à autoridade parental e sua existência não depende do reconhecimento legal expreso, mas de seu caráter de direito autônomo e, portanto, segue tendo plena vigência”, e conclui: “Os comportamentos violentos que causem lesões – entendidas no sentido jurídico-penal como aquelas que requerem primeiros socorros opcionais e que constituam delito – não podem encontrar amparo no direito de correção. Quanto ao resto das condutas, devem ser analisadas de acordo com as circunstâncias de cada caso e, se se verifique que não excedem os limites do direito de correção, a atuação não terá consequências penais nem civis” (grifos acrescidos); o limite é ainda mais amplo do que o aqui proposto, pois é traçado na lesão que requer primeiros socorros opcionais.

23 Mais inclinado nesse sentido, cf. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 505: é duvidoso na regulação constitucional espanhola, mas “o art. 27 CE parece antes consagrar o direito passivos à educação e não o dos pais”,

educados, e ativo, dos pais para educar, como é comprovado pelo art. 27 em seu apartado 3, garantindo “o direito dos pais de assegurar que seus filhos recebam a formação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”. E uma parte do direito de educar os filhos desde pequenos sobre o que é certo e errado inclui, sem dúvida, o direito de corrigi-los quando se comportem mal, dentro dos limites que veremos.

Parece rechaçável, por exagerada, a posição que algumas vozes têm mantido, especialmente na Alemanha, que essa nova versão do § 1631 II BGB é categoricamente inconstitucional e, portanto, nula e sem efeito, de modo que seguiria plenamente vigente o direito de correção derivado do direito constitucional de educação do menor; de acordo com eles, a nova legislação civil viola frontalmente o direito de educação paterno, consagrada constitucionalmente<sup>24</sup>. E não pode ser compartilhado porque o direito à educação paterno, como os outros direitos fundamentais constitucionais, pode estar sujeito a limites legais (razoáveis e adequados<sup>25</sup> e que não o deixam sem conteúdo) e, dado que uma parte do direito de educação do menor traz consigo o direito de corrigi-lo e sancioná-lo, a lei certamente deve admitir e não impedir, em geral, a correção necessária, por exemplo, com punições não físicas, mas também pode estabelecer limites lícitos dentro da correção corporal.

Contudo, a meu ver, a posição mais sensata e adequada é a que exige uma *interpretação dos novos preceitos civis conforme a Constituição e o funcionamento do direito fundamental ou dever constitucional da educação parental da criança*<sup>26</sup>. Para atingir adequadamente a educação moral e social do menor desde a infância, inculcando nele não apenas os conceitos de certo e errado,

---

e o art. 39.2 (*sic*; é o ap. 3) somente fala do dever de assistência dos pais aos filhos, mas acrescenta “embora talvez o dever e o direito à educação destes possam ser incluídos nele”.

24 Defendem essa inconstitucionalidade da nova disposição civil: ROELLECKE, *NJW* 52, p. 338; NOAK, *JR* 10/2002, p. 406 e 408; HENNES, *Das elterliche Züchtigungsrecht*, p. 143 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht AT*, § 25/153. Se assim fosse, nada haveria mudado na legislação civil alemã nem haveria necessidade de discutir as possíveis consequências no direito penal.

25 Assim, cf. ROXIN, *JuS* 44, p. 178 (= *RDPCr* 16, p. 236); ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 17/37; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 17/37; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 505 s.

26 Assim a defendem – além de afirmar de um modo um tanto radical que uma regulação de uma lei ordinária não pode eliminar o direito de educação parental garantido pelo art. 6 GG – ROELLECKE, *NJW* 52, p. 337; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, nm. 606 e 607 (como *ultima ratio*); WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, nm. 606 s.; DUTTGE, *Gesamtes Strafrecht*, Vor § 32, nm. 23. Na jurisprudência espanhola também STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º e a seguindo STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2: o direito de correção “após a reforma do art. 154.2 *in fine* C. Civil, segue existindo como necessário para a condição da função de educar inerente à autoridade parental, contemplada no art. 39 CE”. Indo ainda mais longe, como já vimos, Roellecke, Noak, Hennes e Murmann defendem a inconstitucionalidade do novo preceito civil: cf. *supra*, nota 24.

mas também a ideia de responsabilidade quando se age mal e se comete uma infração, é sem dúvida essencial aplicar punições e sanções ao menor quando ele se comporta mal ou muito mal, ou seja, correções moderadas, ainda que não sejam físicas, para ensinar-lhe a responsabilidade por seus maus atos e corrigi-lo para que ele não os repita: portanto, o legítimo direito de correção é plenamente conforme o direito ou dever constitucional de educação dos menores e o desenvolve. Agora é uma questão de ver se esse direito de correção inclui também o de um moderado castigo físico ao menor; e muitas vezes é dito na doutrina e na jurisprudência que se valem dessa fundamentação que, para o exercício adequado do direito/dever dos pais de educar o menor e da autoridade parental, é necessário recorrer, às vezes, a um corretivo ou castigo corporal mínimo<sup>27</sup>. Talvez objetivamente não seja estritamente necessário recorrer a tal castigo físico para corrigir e educar (este é o entendimento daquele que não concordam com o uso de castigos físicos), mas o que se pode afirmar é que a grande maioria de pais e mães, apesar das crescentes restrições jurídicas, segue considerando totalmente legítimo e adequado impor, alguma vez, um castigo físico mínimo e não reiterado ao menor que se comporta mal e não sabem fazê-lo de outra maneira. Para essa maioria social é necessário, imprescindível, recorrer às vezes a tal castigo mínimo para a educação e correção do menor. Portanto, é perfeitamente adequado e de acordo com o reconhecimento constitucional do direito parental à educação e seu correlato dever de assistência aos filhos, interpretar a nova regulamentação civil no sentido de permitir um direito de correção incluindo o recurso ocasional a um castigo físico mínimo que, em qualquer caso, respeite a integridade física e psíquica no menor, conforme o novo art. 154 do CCEs, é dizer, sem lesões, e veremos que também é possível interpretando o BGB alemão como proibitivo apenas dos castigos físicos degradantes ou contrários à dignidade humana.

Em alguma legislação *foral*, inclusive, se deixou expressamente subsistente o “direito de correção”, o que, sendo legislação civil de territórios espanhóis, reforça ainda mais o acerto da posição aqui mantida para todo o Direito espanhol:

Assim no art. 65 d) do Código de Direito *foral* de Aragón, que permite corrigir de forma proporcional, razoável e moderada, sem impor sanções humilhantes nem que atentem contra seus direitos<sup>28</sup>, e no Direito civil da Catalunha, onde seu

---

27 Assim, nos autores e nas decisões citados na nota de rodapé anterior. Sem citar o caráter constitucional do direito de educação, também HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Derecho penal* PG, cap. 16, p. 249, considera necessário o recurso à correção física mínima para a educação: “Uma autoridade parental que não preveja o uso de força mínima para a educação dos filhos estaria desvinculada dos objetivos que persegue”.

28 Isso é destacado por DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal* PG, p. 334 s.

art. 236.17, 4º, do CC permite que “os pais, com finalidade educativa, podem corrigir seus filhos em autoridade, de forma proporcional, razoável e moderada, com pleno respeito à sua dignidade e integridade física e psíquica”<sup>29</sup>. Nesses casos, não é mais sequer necessário recorrer primariamente à adequação social e a um direito consuetudinário *secundum legem*, mas se trata diretamente de um direito legal de correção, o qual apenas há de ter seus limites fixados.

Na doutrina alemã, várias opiniões optaram por interpretar restritivamente o novo texto do BGB no sentido de que nem todos os castigos físicos são medidas degradantes ou que atentem contra a dignidade, mas que a proibição de “outras medidas degradantes” após mencionar os castigos físicos implica que igualmente se proíbem os castigos físicos degradantes e somente se o são, rejeitando, portanto, a interpretação previamente exposta (*supra*, 2.1 a 2.1.1.1), que entende que todos os castigos físicos são degradantes da mesma forma que “outras medidas degradantes”, e aplicam essa interpretação restritiva do BGB para seguir admitindo a possível justificação do castigo físico não degradante como um direito de correção<sup>30</sup>. Essa interpretação da nova disposição civil alemã certamente não é tão clara como no caso do Código Civil espanhol, que só exige que se respeite a integridade física e psíquica, enquanto o BGB menciona como inadmissíveis os castigos corporais físicos sem mais e, ao acrescentar ao final “e outras medidas degradantes”, a esta interpretação restritiva dos castigos físicos apenas aos que sejam degradantes, cabe replicá-la, como fez Roxin, que, para a disposição civil, todos os castigos físicos são *entwürdigende*, degradantes ou que vulneram a dignidade, já que se incluem entre outras medidas degradantes<sup>31</sup>. Não obstante, creio que, ainda que seja menos simples que no CCEs, é perfeitamente possível e plausível uma interpretação teleológica-axiológica restritiva da aparentemente ilimitada proibição no dispositivo civil de qualquer castigo físico, aparentemente

---

29 Cf. sua citação como aplicável na STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 4.º.

30 Assim, cf. BEULKE, *FS-Hanack*, p. 547 ss.; BEULKE, *FS-Schreiber*, p. 37 ss., 40, ainda que considere degradantes, por regra geral, os castigos físicos; ROELLECKE, *NJW* 52, p. 337; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, nm. 387; KÜHL, *Strafrecht AT*, p. 266 ss. (desde a 5. ed., de 2005); em LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 223, nm. 11 (desde a 25. ed., de 2004, até a 29. ed., de 2018); seguindo a Kühl, MARXEN, *Kompaktkurs Strafrecht AT*, p. 99, e KREY, *Strafrecht BT 1*, nm. 312; SCHMIDT, *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe*, p. 216; BOCK, *Das elterliche Recht auf körperliche Züchtigung*, passim; HEINRICH, *ZIS* 5/2011, p. 440 ss.; ENGLÄNDER, *StGB Kommentar*, Vor § 32, nm. 36; MITSCH, *Jura* 39, p. 792 ss.; KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, § 20/18; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht AT*, § 20/18; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht AT*, § 25/153; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, nm. 606.

31 ROXIN, *JuS* 44, p. 178 (= *RDPCr* 16, p. 236 s.); ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 17/39; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 17/39. No mesmo sentido, já desde 2000, Peschel-Gutzeit, Hoyer, Hillenkamp, Kellner, Lilie, Noak, Bussmann, Joeacks, Kargl, Fischer e Tröndle/Fischer, citados por ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 17, nm. 61 e 63, e por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 507 n. 38 s., que nesta página também segue o argumento de ROXIN.

incluídos como degradantes entre todas as medidas degradantes: em primeiro lugar, porque para a concepção social muito majoritária – inclusive daqueles que se opõem ideologicamente ao castigo físico – uma correção parental física mínima e não reiterada ao menor infrator, como um soco, um flagelo no braço ou nas nádegas, um *cascudo* ou uma palmada na cabeça, ou uma bofetada não forte, não têm, absolutamente, caráter degradante, indigno ou atentatório à dignidade e, por isso, há que partir não de que a lei civil atribui em todo caso um caráter degradante que não possui, mas de que está implícito na lei que se proíbe o castigo físico que seja degradante, assim como outras medidas degradantes; em segundo lugar, porque essa interpretação permite alinhar a disposição do BGB com a concepção social dominante de que permanece havendo um direito parental à correção física mínima; e, em terceiro lugar, porque, pelas razões apresentadas, há que se alinhar a regulamentação civil com o direito constitucional à educação parental das crianças e suas necessidades mínimas para a maioria da sociedade.

### **2.1.1.3 Outras soluções de impunidade (mas não de licitude), em especial a de exclusão somente da tipicidade penal ou da antijuridicidade penal**

#### **2.1.1.3.1 Atipicidade**

Tanto na doutrina e jurisprudência espanhola quanto na alemã há várias posições que consideram preferível a atipicidade das correções físicas mínimas sem lesão à justificação: seja em razão de interpretações restritivas do tipo (excluindo as correções físicas mínimas do tipo penal, negando que sejam “maus-tratos” físicos ou corporais – ou no Direito alemão *körperliche Misshandlung* do § 223 StGB [*Strafgesetzbuch* – Código Penal alemão])<sup>32</sup> –, e, no caso alemão, interpretando também restritivamente que lesões ou “maus-tratos” típicos serão somente os castigos físicos degradantes, por entender que apenas esses estão proibidos na nova redação de seu BGB<sup>33</sup>; seja aplicando, a tais punições físicas não lesivas, causas de atipicidade, como a adequação social, a insignificância ou a tolerância social, que, segundo essas posições, ocorrerão – ou alternativamente ou cumulativamente, de acordo com uma ou outras posição – em castigos físicos mínimos<sup>34</sup>. Às ve-

32 Por exemplo, na Espanha, cf. HURTADO YELO, *AJA* 788, p. 9; na Alemanha, cf. WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, nm. 606.

33 Assim, expressamente, cf. WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, nm. 606; mas esta interpretação restritiva do tipo das lesões também pode ser derivada da interpretação restritiva da nova disposição do BGB pelos autores supracitados na nota de rodapé 28.

34 Cf. a exposição detalhada com citações de doutrina e jurisprudência, até 2010 defendendo aplicar essas causas de atipicidade em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 517-521. Posteriormente, por exemplo, na doutrina alemã, KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, § 20/19; ou, na espanhola, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*

zes, acrescenta-se expressamente que, se houver atipicidade, isso já evita ter que considerar uma possível justificação ou exclusão da antijuridicidade<sup>35</sup>. O problema da maioria dessas posições é que não deixam claro se utilizam a interpretação restritiva dos tipos de lesões e maus-tratos ou das mencionadas possíveis causas de atipicidade, no sentido de atipicidade desde o início, em razão da ausência de qualquer relevância jurídica e de qualquer indício de ilicitude ou, ao contrário, no sentido de apenas excluir a tipicidade penal devido à ausência de gravidade suficiente, mas permanecendo um ato ilícito, extrapenalmente antijurídico, em que pese seja necessário fazer essa distinção<sup>36</sup>.

### 2.1.1.3.2 Causas de exclusão somente da tipicidade penal ou do ilícito penal

Outras possíveis soluções para esse caso recorrem, com maior precisão que as soluções anteriores, à interpretação de que esse castigo físico mínimo é ilícito, antijurídico, por contrariar a proibição da nova lei civil, mas que carece de relevância penal: seja com a categoria de Hans-Ludwig Günther das causas de exclusão da antijuridicidade penal (ou do ilícito penal, do injusto penal), considerando que, ainda que civilmente não admitidos, as correções físicas mínimas parentais não constituem injusto penal por falta de merecimento de pena, pois seria inapropriada a intromissão do Direito Penal nesse campo familiar<sup>37</sup>; seja como Díaz y García Conlledo, para explicar a impunidade desses castigos físicos mínimos e não excessivos após a reforma legal do CCEs, recorrendo às *causas de exclusão*

---

PG (8. ed.), p. 340; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG (10. ed.), p. 322; MORILLAS, *Sistema de derecho penal* PG, p. 588, n. 1284, e citando nessa nota na página 587 a atipicidade por insignificância, adequação social ou escassa relevância a SAP Cádiz secc. 7.ª 109/2013; Díez Ripollés, *Derecho penal* PG, p. 335; em todas elas indicando indistintamente a adequação social a insignificância dos castigos físicos mais leves, e vinculando-os a uma interpretação restritiva do tipo de lesão.

35 Por exemplo, cf. Díez Ripollés, *Derecho penal* PG, p. 335.

36 Assim também as critica acertadamente Díaz y García Conlledo, *LH-Mir Puig*, p. 523 ss. Como é sabido, tenho mantido essa posição de distinguir esses dois tipos de causas de exclusão da tipicidade desde LUZÓN PEÑA, *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, p. 21 ss.; posteriormente em LUZÓN PEÑA, *EJB*, p. 983 ss.; em LUZÓN PEÑA, *EPB*, p. 237 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal* PG I, p. 558 ss.; mais desenvolvido em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 20, nm. 1 ss., cap. 22, nm. 1 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 20, nm. 1 ss., cap. 22, nm. 1 s.

37 GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschlu*[], p. 353 ss. (já antes da reforma do BGB); GÜNTHER, *FS-Lange*, p. 877 ss.; GÜNTHER, *SK-StGB*, Vor § 32, nm. 63. Seguido por REICHERT-HAMMER, *JZ* 43, p. 618 ss.; HORN, *SK-StGB*, § 223, nm. 13; ENGLÄNDER, *StGB Kommentar*, Vor § 32, nm. 36. Elogiando-a substancialmente, mas rejeitando essa solução por entender, aqui e em geral, que essa categoria de causas de exclusão do ilícito penal ou do injusto penal carece de base legal e viola o mandato de precisão e determinação da pena, ROXIN, *Strafrecht* AT I, § 17/41; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 17/41.

somente da *tipicidade penal*, fundamentalmente o princípio da insignificância, a tolerância social ou, inclusive, a adequação social, mas não jurídica<sup>38</sup>.

A solução de Díaz y García Conlledo ou a solução materialmente coincidente de Günther (ainda que com denominação menos adequada) é claramente preferível, porque ao menos não considera delitivo o castigo físico mínimo, às inúmeras interpretações após a reforma que consideram que o castigo físico, ainda que mínimo, é sempre penalmente antijurídico, posição que é claramente insatisfatória, porque considera delitivos fatos que ocorrem cotidianamente de modo normal e são considerados socialmente adequados pela maioria. Contudo, essa solução intermediária não é plenamente satisfatória, pois segue considerando esse castigo antijurídico como ilícito extrapenal, embora possa ser considerado, como já expus, que, ao não afetar a integridade física, não se enquadra na proibição legal e que se pode considerar jurídico por se amparar em um direito consuetudinário, de acordo com a própria lei civil e com a Constituição.

Ao considerá-lo um fato extrapenalmente antijurídico, em primeiro lugar tem a consequência, a meu juízo totalmente *indesejável e inadequada, de que geraria não responsabilidade penal, mas responsabilidade civil ex ilícito*<sup>39</sup>, é dizer, que os pais teriam que indenizar por danos e prejuízos morais a seus filhos cada vez que lhes aplicassem um castigo mínimo, quando em verdade tal correção não apenas não causa um prejuízo moral, mas, pelo contrário, produz um benefício moral para a educação do menor. A única maneira de evitar essa consequência indesejável (que Günter e Díaz não consideram) seria considerar o castigo como um ilícito extrapenal sem prejuízo e, por isso, sem concreta responsabilidade jurídico-extrapenal (nem civil nem administrativa, porque tampouco está legalmente previsto como infração administrativa).

Mas também, *em segundo lugar, esta solução autoriza uma reação em legítima defesa ou ao menos em estado de necessidade defensivo contra a atuação parental que impõe um castigo físico mínimo e proporcional ao menor que se comporte mal ou muito mal: para a posição doutrinária majoritária que toma*

---

38 Cf. a excelente e detalhada exposição de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 523 ss. (= LL 26 2010, (101 ss.) 125 ss.); também, mais reduzido, mas atualizado, em DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Schünemann*, p. 217 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *FS-Schünemann*, p. 334 ss., seguindo a categoria por mim desenvolvida de causas de exclusão (somente) da tipicidade penal: cf. *supra*, nota de rodapé 34, referências de minhas obras sobre isso, nas quais explico as diferenças substanciais com a categoria de causas de exclusão do injusto penal de Hans-Ludwig Günther e porquê é preferível a terminologia por mim usada.

39 Cf. sobre esta crítica já em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 56; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 56.

como pressuposto da legítima defesa qualquer agressão antijurídica, ainda que não seja penalmente típica (posição ampla no Direito espanhol, apesar de a regulamentação legal do art. 20, 4.º, CPEs permitir interpretar restritivamente que a agressão também deve ser penalmente típica; e posição absolutamente dominante na maioria das legislações de outros países que não contêm restrições à agressão ilegítima), qualquer terceiro e o próprio menor poderão reagir em legítima defesa com um dano claramente superior, se necessário, contra o pai ou a mãe que aplique uma adequada correção física mínima ao menor. E inclusive no Direito espanhol para a posição que compartilho de que, diante das fortes restrições legais à agressão ilegítima e ao lar, toda agressão ilegítima deve ser não somente antijurídica, mas também penalmente típica<sup>40</sup>, certamente não será agressão ilegítima em sentido legal uma correção parental física mínima se, de acordo com a solução de Díaz ou Günther, não for penalmente antijurídica, mas apenas extrapenalmente, e por isso não caberá legítima defesa diante dela. Mas, como tal punição constituiria um mal em sentido jurídico, caberia contra ela uma reação lesiva de terceiros ou do menor, justificada por um estado de necessidade defensivo, que permite causar um mal superior à fonte de perigo, desde que não seja desproporcionalmente maior<sup>41</sup>. *Essa segunda consequência desta solução é ainda mais insatisfatória que a primeira*, ao permitir a ocorrência de ainda mais violência com a intromissão indevidamente lícita, lesiva e mais grave de terceiros no âmbito de uma relação familiar, mas também diante de condutas de patamares mínimos gravidade que não somente têm fortes razões para continuar a serem consideradas permitidas, mas que ocorrem de modo totalmente cotidiano e socialmente adequado na maioria das famílias.

### **2.1.1.3.3 Proposta de Roxin de uma causa pessoal de exclusão da punibilidade de lege ferenda**

Diante da indesejável criminalização do âmbito familiar que se produz pela interpretação, por ele compartilhada, de que todos os castigos físicos, ainda que mínimos, são penalmente típicos e ilícitos, Roxin propôs introduzir, *de lege ferenda*

---

40 Cf., neste sentido e com mais citações, minha posição desde LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 512 ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (2. ed.) p. 476 ss.; posteriormente, em LUZÓN PEÑA, *ComLP V*, p. 240, 269 s. (também em meus *Estudios Penales*, p. 129 ss.); LUZÓN PEÑA, *EJB*, p. 3958; LUZÓN PEÑA, *EPB*, p. 878; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal PG I*, 1996, p. 594 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (2. ed.), cap. 23, nm. 28 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (3. ed.), cap. 23, nm. 28 s.

41 Assim tenho sustentado desde LUZÓN PEÑA, *ComLP V*, p. 239 ss. (também em LUZÓN PEÑA, *Estudios Penales*, p. 157 ss.); LUZÓN PEÑA, *EJB*, p. 2916, 3958; LUZÓN PEÑA, *EPB*, p. 678 s., 878; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal PG I*, p. 595, 633; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (2. ed.), cap. 23, nm. 30, 50 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal PG* (3. ed.), cap. 23, nm. 30, 50 s.

da, uma causa pessoal de exclusão da punibilidade por razões de política familiar para o pai ou a mãe que imponha um castigo corporal mínimo ao menor<sup>42</sup>. No entanto, essa solução é ainda mais insatisfatória que a anteriormente exposta em b'). Não somente lhe são aplicáveis as mesmas objeções conceituais e de consequências, mas suas consequências são ainda piores: as correções que devem ser consideradas lícitas e socialmente adequadas seguiriam sendo penalmente típicas e a impunidade pessoal somente beneficiaria o pai ou a mãe que as apliquem, mas injustificada e indesejavelmente seguiriam sendo típicas e puníveis as condutas de participação de terceiros<sup>43</sup> que induzam ou apoiem, sobretudo moralmente, aos pais – um defeito que pelo menos não afeta as posições que excluem a tipicidade penal ou o ilícito penal.

### 2.1.2 Castigos não físicos

Além dos castigos físicos, em todos os demais campos de castigos não físicos segue existindo um direito legal de correção, baseado no direito/dever de educação parental ou tutelar do CCEs: arts. 154, 268 e seguintes (mas também derivado do direito fundamental à educação e do papel e da responsabilidade essencial que o art. 27 do CE reconhece aos pais com relação à educação de seus filhos) e também no art. 155 do CCEs que, agora como antes, estabelece: “Os filhos devem: 1º Obedecer aos seus pais enquanto permanecerem sob sua autoridade e sempre respeitá-los”, é dizer, um direito com uma base legal, mas evidentemente também consuetudinário (de modo claríssimo e unanimemente aceito). Isso justifica a imposição de castigos não físicos, proporcionais à natureza da ofensa, moderados e, naturalmente, sempre respeitando a dignidade e integridade moral e psíquica do menor, de tal forma que seja evidente a finalidade educativa e corretiva, e não movidos por vingança, raiva ou perda de controle, consistentes na proibição de sair de casa ou de seu quarto, ameaças, repreensão ou desqualificação, a proibição de certas atividades, distrações ou doces etc., que são as que justificarão (dando lugar novamente à adequação social se ocorrerem com moderação) comportamentos parentais que, de outro modo, poderiam se encaixar nas detenções ilegais ou nos delitos (ou faltas, antes da revogação destas) de coações, ameaças ou injúrias.

Não se pode esquecer disso: que o direito de correção parental inclui outros muitos recursos distintos do castigo físico, porque, se se quisesse tomar

---

42 ROXIN, *JuS* 44, p. 180 (= *RDPCr* 16, p. 241 s.); ROXIN, *Strafrecht* AT I, § 17/50 s.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 17/50 s.

43 Por essa razão também é criticada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, p. 523.

literalmente a supressão das palavras legais “poderão também corrigir razoável e moderadamente aos filhos” como proibição de toda correção parental, chegar-se-ia ao absurdo de não permitir nenhum tipo de castigo, inclusive a privação ou restrição temporária de recompensas ou sinais de afeto, e se impossibilitaria totalmente o direito-dever de educação dos filhos menores<sup>44</sup>.

## 2.2 Adequação e necessidade da intensidade da correção: excesso

O exercício do direito de correção de menores, para ser um exercício legítimo e, portanto, causa de justificação completa, há de ser, em qualquer dos castigos impostos, adequado, proporcional à natureza da infração e cometido, um “corrigir moderadamente” como acertadamente formulava a anterior redação dos arts. 154 e 268 do CCEs e derivado do princípio constitucional da proporcionalidade (emanação dos valores de justiça e igualdade, art. 1º do CE). E, em segundo lugar, para ser exercício legítimo, em virtude do princípio da necessidade, também de base constitucional (emanação direta do valor de liberdade do art. 1º do CE), a aplicação da sanção há de ser estritamente necessária para a finalidade educativa do menor ou tutelado, e não o será se for imposta diretamente uma sanção de certa severidade sem antes ter se testado a eficácia de advertências ou de sanções mais leves. Nos casos de uma correção inadequada, imoderada ou desnecessária, faltarão esse requisito essencial da causa de justificação/atipicidade e haverá um excesso intensivo, ou seja, uma eximente incompleta de exercício (não plenamente legítima) do direito de correção, com sua atenuação de responsabilidade penal (arts. 21, 1.<sup>a</sup>, e 68 do CPEs)<sup>45</sup>.

## Conclusão

Por todo o exposto, há que se sustentar, como as recentes decisões do TS, que o castigo físico mínimo ao menor, no qual não haja excesso e que tampouco cause qualquer lesão, por não vulnerar a integridade física e psíquica do menor, é lícito e também atípico desde o início, pois não há indício algum de ilicitude, ao estar amparado pela adequação social compartilhada pela grande maioria da

---

44 Nesse sentido, já em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 23, nm. 25, 57 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 23, nm. 25, 57 s. Igualmente, cf. STS 654/2019, de 8-1-2020, FD 5.º, seguida por STS 448/2020, de 11-2, FD. 3.º.2.

45 Tudo isso já antecipei em LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (2. ed.), cap. 25, nm. 25, 59-61; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal* PG (3. ed.), cap. 25, nm. 25, 59-61.

população, por um direito de correção consuetudinário e de acordo com a Constituição.

Nos castigos não físicos necessários e proporcionais segue havendo exercício de um direito legal de correção ao menor.

## Referências

- BEULKE, Werner. Züchtigungsrecht – Erziehungsrecht – strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB. In: EBERT, Udo (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag* am 30. August 1999. Berlin: De Gruyter, 1999. p. 539-552.
- BEULKE, Werner. Neufassung des § 1631 II BGB und Strafbarkeit gem. § 223 StGB. In: AEMLUNG, Knut (Hrsg.). *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag* am 10. Mai 2003. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 29 ss.
- BOCK, Tamara von. *Das elterliche Recht auf körperliche Züchtigung*. Frankfurt am Main: Lang, 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. ¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Madrid, n. 5, p. 55-95, 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. Caso de la ¿bofetada educativa? In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (coord.). *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. Navarra: La Ley, 2011. p. 953-967.
- BUSSMANN, Kai-Detlef. *Verbot familiärer Gewalt gegen Kinder: zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-)Recht als Kommunikationsmedium*. Köln: Heymanns, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.). *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010. p. 475-534.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil. *Revista Penal*, n. 266, p. 101-129, 2010.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. En España, como en Alemania, no existe ya un derecho de corrección paterna violenta. Pero no cualquier corrección violenta es punible. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; GRACIA MARTÍN, Luis; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; OLAECHEA, José Urquizo (ed.). *Dogmática del derecho penal: material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schönemann por su 70<sup>o</sup> aniversario*. Lima: Gaceta Jurídica, t. I, 2014. p. 207-221.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Zum elterlichen Züchtigungsrecht. In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luís (Hrsg.). *Streitbare Strafrechtswissenschaft*: Festschrift für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014. Berlin: De Gruyter, 2014. p. 325-336.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

DUTTGE, Gunnar. Vorbemerkungen zu §§ 32 ff. In: DÖLLING, Dieter; DUTTGE, Gunnar; KÖNIG, Stefan; RÖSSNER, Dieter (Hrsg.). *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze*. Handkommentar. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.

ENGLÄNDER, Armin. Vorbemerkungen zu §§ 32. In: MATT, Holger; RENZIKOWSKI, Joachim (Hrsg.). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. München: Vahlen, 2013.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2020.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Köln/Berlin: Heymanns, 1983.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht. In: MEDICUS, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1992, p. 877-901.

GÜNTHER, Hans-Ludwig. Vorbemerkungen zu §§ 32. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 6. Auflage. Köln: Heymann, v. 1, 1998.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.

HEINRICH, Manfred. Elterliche Züchtigung und Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 6, n. 5, p. 431-443, 2011.

HENNES, Virginia-Beatrice. *Das elterliche Züchtigungsrecht – Ein derogierter Rechtfertigungsgrund?* Hamburg: Kovač, 2010.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR,

Miguel Angel Romeo (dir.). *Derecho penal: parte general*. Introducción. Teoría jurídica del delito. 2. ed. Granada: Comares, 2016. p. 241-256.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung. *Juristen Zeitung*, [s.l.], v. 64, n. 7, p. 332-338, 2009.

HILLENKAMP, Thomas. Der praktische Fall – Strafrecht: Das Aufnahme ritual und seine Folgen. *Juristische Schulung*, [s.l.], n. 2, p. 159 ss., 2001.

HORN, Eckhard. § 223. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 1. Auflage. Frankfurt am Main: Metzner, v. 2, 1975.

HORN, Eckhard. § 223. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 7. Auflage. Köln: Heymann, v. 2, 2003.

HOYER, Andreas. Im Strafrecht nichts Neues? Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, [s.l.], p. 521-525, 2001.

HURTADO YELO, Juan José. Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, n. 788, p. 1-9, 2009.

KARGL, Walter. Das Strafunrecht der elterlichen Züchtigung (§ 223 StGB). *Neue Justiz*, [s.l.], v. 57, n. 2, p. 57-64, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2017.

KINDHÄUSER, Urs; ZIMMERMANN, Till. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 9. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019.

KREY, Volker; HEINRICH, Manfred. *Strafrecht*. Besonderer Teil. 12. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, v. 1, 2002.

KREY, Volker; HEINRICH, Manfred. *Strafrecht*. Besonderer Teil. 13. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, v. 1, 2005.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 25. Auflage. München: C.H. Beck, 2004.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel. Lección 18. El delito como conducta antijurídica, II: las causas de justificación, y 2: el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento. In: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel;

- MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2016. p. 459-499.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Causas de atipicidad. In: AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, 1995. p. 983 ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Causas de atipicidad. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.). *Enciclopedia Penal Básica*. Granada: Comares, 2002. p. 237 ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (coord.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995. p. 21-44.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, v. I, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Estudios penales*. Barcelona: PPU, 1991.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. (= *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Buenos Aires: B de F, 2016.)
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Legítima defensa y estado de necesidad defensivo. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa, v. V, 1985. p. 251 ss.
- MARXEN, Klaus. *Kompaktkurs Strafrecht*. Allgemeiner Teil. München: C.H. Beck, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Reppertor, 2016.
- MIR PUIG, Santiago; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Art. 20. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago. *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MIR PUIG, Santiago; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Art. 20. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago. *Comentarios al Código Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- MITSCHE, Wolfgang. Rechtfertigung einer Ohrfeige (BayObLG, NJW 1991, 2031). *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 32, p. 289-291, 1992.

MITSCH, Wolfgang. Kinder und Strafrecht, *Juristische Ausbildung*, [s.l.], v. 39, n. 7, p. 792-804, 2017.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.

NOAK, Torsten. Zur "Abschaffung" des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht. *Juristische Rundschau*, [s.l.], n. 10, p. 402-408, 2002.

OTTO, Harro. Rechtfertigung einer Körperverletzung durch das elterliche Züchtigungsrecht. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 23, p. 670 ss., 2001.

REICHERT-HAMMER, Hansjörg. BGH, 25. 11. 1986 – 4 StR 605/86. Zu den Grenzen der elterlichen Züchtigungsbefugnis. *Juristen Zeitung*, [s.l.], v. 43, n. 12, p. 617-622, 1988.

ROELLECKE, Gerd. Keine Hiebe – und die Liebe? – Zur Gewalt als Erziehungsmittel. *Neue Juristische Wochenschrift*, [s.l.], v. 52, n. 5, p. 337-339, 1999.

ROMERO RODRÍGUEZ, Manuela. El delito de malos tratos habituales, el derecho de corrección: ¿una causa de justificación? *Anuario de Justicia de Menores*, [s.l.], n. 4, p. 233-243, 2004.

ROXIN, Claus. Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, *Juristische Schulung*, v. 44, n. 3, 2004, p. 177-180, 2004. (= La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. Tradução: Miguel Díaz y García Conlledo e Silvia Martínez Cantón. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 16, p. 233-242, 2005.)

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner teil. Grundlagen – Der aufbau der verbrechenslehre. 4. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2006.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner teil. Grundlagen – Der aufbau der verbrechenslehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.

SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, Leyre. Derecho de corrección de los padres y derecho penal. *Revista de Derecho Penal*, [s.l.], n. 28, p. 73-78, 2009.

SCHMIDT, Heiner Christian. *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe*: zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

TORRES PEREA, José Manuel de. Reforma de los arts. 154 y 268 CC: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia. *Diario La Ley*, [s.l.], n. 6881, p. 1676 ss., 2008.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 34. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2004.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 50. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2020. (Há tradução da 46 edição para o espanhol: *Derecho penal*: parte general. Tradução: Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2008.)

## Agradecimentos

Trabalho elaborado no âmbito do projeto de investigação RTI2018-101401-B-I00, financiado pela AEI do *Ministerio de Ciencia e Innovación*, que conduziu como investigador principal junto com a Professora R. Roso na *Universidad de Alcalá*, Madrid.

## Conflicto de intereses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

### Sobre o autor:

**Diego-Manuel Luzón Peña** | E-mail: diegom.luzon@uah.es

Doutor em Direito (Universidad Complutense de Madrid/Espanha). Professor emérito (UAH/Espanha).

Recebimento: 14.11.2022

Aprovação: 12.02.2023

Artigo convidado