

ADOÇÃO À BRASILEIRA PELO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DA GENITORA E SEUS REFLEXOS CIVIS E PENAIIS

Firmiane Venâncio

1. Introdução

No ano de 2005, o Núcleo da Defensoria Pública na UFBA foi procurado por inúmeras mulheres objetivando ingressar com Ação de Investigação de Paternidade cumulada com anulação de registro, na condição de representantes de seus filhos.

As hipóteses enquadravam-se nas seguintes descrições:

- a) O cônjuge ou companheiro da genitora, à época do nascimento da criança, registra-a, imaginando ser seu pai biológico e posteriormente, obtém a revelação de que não é de fato o genitor do menor;
- b) Ou ainda, sabendo que não é o pai biológico, o cônjuge-varão ou companheiro dirige-se ao Cartório de Registro de Pessoas Civis, e lá declara ser seu o filho de outrem.

A motivação para prática desta espécie, do que se convencionou denominar de “adoção à brasileira”, varia desde razões nobres (disponibilizar à criança o nome de um genitor e sua ascendência no registro de nascimento) até a motivação menos nobre de evitar ser conhecido como vítima da infidelidade de sua esposa ou companheira.

Estes fatos, aparentemente comuns no Brasil e no labor diário dos Defensores Públicos de Família, interferem num direito humano fundamental, qual seja o direito à filiação regular e têm implicações no direito penal, civil e internacional dos direitos humanos.

Estas implicações serão objeto da análise a seguir.

2. Aspectos da Adoção no direito brasileiro e internacional

O histórico da adoção no Brasil leva-nos a uma ordem jurídica pretérita, sob a égide do antigo Código de Menores, Lei 6697/79 e Código Civil de 1916 que permitiam a adoção simples ou por escritura.

Essa legislação possuía como característica a revogabilidade e a dispensa de processo judicial para que fosse constituído o vínculo da adoção. Ou seja, a adoção possuía forma simplificada e poderia ser concretizada mediante declaração de vontade contida em documento firmado perante a autoridade cartorária.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, com a assinatura pelo Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações

Unidas, no dia 20.11.89, cujo texto foi adotado em sua totalidade pelo Dec.99.710, de 21.11.90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional e com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a adoção no Brasil passou a se caracterizar pela sua plenitude, irrevogabilidade e judicialidade.

Vale dizer, para se concretizar uma adoção nos dias atuais, sob a vigência do ECA e do Código Civil de 2002, é indispensável a existência de processo judicial. Além disso, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, esta se torna irrevogável, salvo a existência de algum vício insanável, e cria juridicamente o vínculo da filiação entre adotante e adotado.

Ademais, a adoção constitui modalidade de colocação em família substituta, deve-se realizar SEMPRE, levando-se em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente, pois o ditame da lei 8.069/90 encerra determinação de que a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Portanto, o benefício da adoção deve ser avaliado sob o prisma da criança ou do adolescente adotando e não do adotante.

Wilson Donizeti Liberati em sua obra Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 6ª edição, pp.38, chama atenção para o fato de que a “Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional”, concluída em Haia em 29 de maio de 1993, traz em seus “considerandos” garantias internacionais de proteção às crianças e adolescentes adotados e aos adotantes, das quais destacamos: a) a criança deve desenvolver-se em ambiente familiar; b) a criança deve permanecer em sua família de origem e, somente em último caso, ser entregue para adoção.

A despeito dessa evolução em características importantes da adoção ao longo dos anos, a vedação da “adoção à brasileira” sempre existiu por representar conduta dissimulada, fraudulenta, prevista no Código Penal sob a tipificação do art. 299, parágrafo único e posteriormente, após a Lei 6898/81 no art.242.

3. Reflexos Penais

“A alteração introduzida neste art.242 deu nova definição penal à chamada adoção à brasileira. Por meio de tal prática, muitos casais, em vez de adotar regularmente uma criança, preferiam registrá-la como sendo seu filho. Antes da Lei 6.898, de 30.3.81, tal comportamento só era enquadrável no art. 299, parágrafo único do CP (falsidade ideológica em assentamento do registro civil). Todavia, doutrina e jurisprudência mais modernas invariavelmente entendiam que não havia o crime quando a falsidade do registro era praticada por motivo nobre, ou seja, quando o falso beneficiava o menor em vez de prejudicar seus direitos. Corretamente, sustentava-se a atipicidade do fato, em vista da ausência do elemento subjetivo do tipo que o art.299 requer (STF, RT 551/404; TRF, APn 29, DJU 2.4.80, P.2003; TJSP, RT 542/339; TJRJ, RT 525/428). A inovação introduzida teve, teoricamente, intenção de beneficiar os autores daqueles registros. Na prática, porém, ela poderá até prejudicá-los. Na dependência de ser reconhecida ou não a existência do elemento subjetivo do tipo nesta figura, aquelas pessoas só poderão obter o perdão judicial, em vez de conseguir a absolvição.”

O *caput* do art. 242 traz como um dos núcleos do tipo penal: **registrar como seu o filho de outrem**. Para este delito culminou pena de reclusão de 02 a 06 anos, ou de detenção de 01 a 02 anos, podendo o juiz neste último caso, deixar de aplicar a pena se o motivo do crime for de reconhecida nobreza. (parágrafo único do art.242, CP).

Passemos, portanto, ao enquadramento das situações mencionadas na introdução do presente texto.

A primeira delas, a do cônjuge ou companheiro da genitora que, à época do nascimento da criança, registra esta, imaginando ser seu pai biológico e posteriormente, obtém a revelação de que não é de fato o genitor do menor, expressa ausência de tipicidade segundo ampla jurisprudência nacional que entende ser exigível o elemento subjetivo do tipo consubstanciado na especial finalidade de agir: **para supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil**. (TACCrSP, RT 600/355; TJSP, RT 698/337, RJTJSP 162/303)

Vale dizer, se o sujeito declara ser pai biológico de um menor, perante o Oficial do Cartório de Registro de Pessoas Naturais, não com o dolo de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil do menor, mas na certeza de ser o verdadeiro genitor, posteriormente sendo comprovado não ser ele o pai do menor, não pesará sobre ele qualquer sanção penal.

Diferente é a segunda hipótese, daquele que tendo conhecimento de não ser o genitor do menor, presta declaração registral falsa e altera, ainda que de forma não definitiva, (haja vista que o direito à investigação da paternidade é imprescritível), direito inerente ao estado civil daquele menor.

Tal consequência não implica, entretanto, que o declarante falso seja responsabilizado, seja apenado, pois pode o magistrado conceder-lhe o perdão judicial caso entenda ser nobre a motivação de seu ato.

Essas são, portanto, as razões pelas quais muito comumente se ouve dizer na *práxis forense*, que “não se é punido criminalmente aquele que presta declaração falsa em adoção à brasileira”. As hipóteses e as consequências penais, entretanto, não se assemelham: numa hipótese, ocorrerá a absolvição por atipicidade; na outra, o perdão judicial, e estes dois institutos possuem efeitos diversos. Para parte da doutrina, a sentença que concede o perdão judicial é condenatória, embora não subsista para efeito de reincidência a teor do art.120, CP, produziria os demais efeitos secundários de uma condenação penal, tais como: inclusão no rol dos culpados.

4. Reflexos Civis

Possível é constatar que a adoção realizada nos moldes anteriormente mencionados, por cônjuges ou companheiros da genitora do menor, constitui ato contrário à ordem pública, pois fere a norma constitucional e infraconstitucional que protege o direito humano fundamental à filiação regular.

A nulidade que macula o assentamento de registro realizado com base em declaração de falso pai biológico, é absoluta, jamais se convalida. Esta regra, em verdade, decorre da possibilidade de, a qualquer tempo, perquerir-se acerca da paternidade, sendo um dos reflexos da procedência do pedido investigatório: a anulação de registro anteriormente realizado.

Trata-se, ainda esta investigação de paternidade, de direito indisponível. Razão porque os pedidos de desistência porventura formulados pela representante do menor após a propositura da respectiva ação, serão indeferidos. Tais pedidos são muito comuns, sobretudo, quando os fatos que ensejaram a falsa declaração registral implicam em conseqüências penais. O STJ possui jurisprudência solidificada nesse sentido:

**Resp 472608/AL; RECURSO ESPECIAL
2002/0136005-7**

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESISTÊNCIA DA PRÓPRIA MENOR, POR SUA TUTORA. DESCABIMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. APURAÇÃO DA VERDADE REAL. EXAME DNA POSITIVO. CONFORMAÇÃO DO PAI INVESTIGADO.

I. O direito ao reconhecimento da paternidade é indisponível, pelo que não é possível à tutora da menor desistir da ação já em curso, ao argumento de que a adoção que se propunha ela própria fazer era mais vantajosa à tutelada, e que, a todo tempo, seria possível à autora novamente intentar igual pedido, por imprescritível.

II. Caso, ademais, em que já houvera, inclusive, a realização de teste de DNA, com a confirmação da paternidade investigada, sendo interesse da menor e do Estado a apuração da verdade real.

III. Corretos, pois, a sentença e o acórdão estadual que, rejeitando o pedido de desistência, julgaram procedente a ação investigatória.

IV. Recurso especial não conhecido.

O acórdão acima reproduzido ressalta que a apuração da verdade real é interesse do menor e do Estado, sobretudo, para evitar situações esdrúxulas decorrentes da adoção à brasileira, como por exemplo, a de não resguardar os impedimentos matrimoniais.

Vale dizer, enquanto a adoção regularmente constituída atenta para o fato de manter as informações do parentesco biológico para fins de impedimentos matrimoniais, tal não ocorre quando o falso declarante se diz pai biológico do filho de sua esposa ou companheira. Há uma indiscutível probabilidade de, na idade adulta, este menor vir a casar-se por exemplo, com uma irmã.

Sem sombra de dúvidas, uma das discussões mais recentes envolvendo a “adoção à brasileira”, sobretudo quando o declarante registral desconhece não ser o pai biológico e registra o filho de sua esposa ou companheira como sendo seu, estabelecendo laços de paternidade doravante denominada sócio-afetiva.

A questão é importante e tem sido tratada doutrinariamente, considerando a base principiológica do sistema de proteção integral de crianças e adolescentes, estabelecida pela Lei 8.069/90.

Entende José Roberto Moreira Filho, especialista em Bioética e Direito pela PUC/Minas e Professor de Prática Jurídica da PUC/Minas Contagem, em artigo intitulado DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA, que: “ a filiação portanto se estabelece não apenas em face do vínculo biológico, mas principalmente em face do vínculo sócio afetivo que mais atende ao princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável.” (www.bioconsulte.bio.br)

Hodiernamente, portanto, é possível uma construção em defesa do pai registral, não biológico, no sentido de que possa manter o vínculo de paternidade sócio-afetiva, se tal constituir benefício à criança ou adolescente “adotado à brasileira”, mas não obstará a investigação de paternidade biológica por parte do menor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora em hipótese diferente da ora discutida, reconhece a importância da paternidade sócio-afetiva e a necessidade de considerá-la para efeito de discussão de outros direitos oriundos da paternidade que não apenas o direito à filiação.

EXPULSÃO. ESTRANGEIRO. CONDENAÇÃO. FILHO BRASILEIRO. Foi decretada a expulsão do paciente, cidadão chinês, do território nacional, devido à sua condenação pelo crime de extorsão. Alega agora, dentre outros, que gerou, de mãe chinesa, filho menor nascido no território brasileiro (concebido na prisão, em data anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória). **A Seção, por maioria, concedeu a ordem para, tão-somente, evitar a expulsão, ao entendimento de que a família, atualmente, está assentada na paternidade sócio-afetiva, o que torna indiferente, para a manutenção do pai alienígena junto ao filho, a eventual dependência econômica, e de que a CF/1988 a tutela sob o pálio da dignidade da pessoa humana.** Precedente citado: HC 22.446-RJ, DJ 31/3/2003. **HC 32.756-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/6/2004.**

Não seria demasiado afirmar a ressalva ao direito indenizatório do cônjuge ou companheiro em face de sua esposa ou companheira, que o induz a erro (art.1600, Código Civil), fazendo-o declarar paternidade de menor perante o Cartório de Registro Civil de Pessoa Natural. Inegável é o dano e plausível o ressarcimento em hipóteses que tais.

5. Conclusão

O Brasil, a partir da Constituição de 1988, e com a inserção no ordenamento jurídico nacional de “Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional”, que solidificou as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, sedimentou a adoção como modalidade judicializada de colocação em família substituta.

Com isso, a “adoção à brasileira”, cuja ilegalidade já era penalmente prevista no art.299, parágrafo único do CP e posteriormente, no art.242 do mesmo diploma legal, passou a ter suas conseqüências discutidas mais profundamente no âmbito civil.

Verifica-se que, com a legitimação de determinadas relações jurídicas a exemplo da união estável, o espectro de ocorrência de situações que impliquem em declarações de paternidade falsas ou expedidas mediante erro ampliou-se. A “adoção à brasileira” passou a ser mais comumente a prática de esposos e companheiros.

A jurisprudência e doutrina pátrias têm acompanhado essa evolução e, embora deixem a salvo a importância do direito fundamental à filiação, ressalvam ser igualmente fundamental à dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da paternidade sócio-afetiva daquele que, mesmo não sendo o pai biológico, desde sempre agiu no cumprimento dos encargos do poder familiar, não podendo ser subtraído de todos os direitos decorrentes dessa relação jurídica que, embora fundada em bases falsas ou erradas, deixa raízes profundas nos sujeitos que dela fazem parte.

Essa conclusão nasceu no âmbito das discussões sobre inseminação artificial, biogenética, mas sem dúvidas, adequa-se com perfeição às situações de “adoção à brasileira”.

Portanto, a despeito da possibilidade de proteção do suposto pai/declarante de manter laços afetivos com o menor e ainda de perquerir judicialmente indenização da esposa ou companheira que o induzira a erro, o pólo a ser protegido é o de crianças e adolescentes.

Assim sendo, a busca pela filiação biológica será possível a qualquer tempo, o que poderá não implicar em modificação de direitos reflexos tais como: guarda e direito de visitas do pai sócio afetivo, desde que seja benéfico para o menor.

Ressalvando-se sempre que a justiça será aquela que mais se aproximar dessa base principiológica vertida na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Convenções Internacionais que resguardam a proteção integral e prioridade absoluta de crianças e adolescentes por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA:

1. LIBERATI, Wilson Donizeti, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002;
2. Constituição Federal de 1988;
3. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, JÚNIOR, Roberto Delmanto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida, *Código Penal Comentado*, 6ª edição, São Paulo, Editora Renovar, 2002;
4. FILHO, José Roberto Moreira, *Direito à Identidade Genética*, site: (www.bioconsulte.bio.br);
5. CURY, Munir (org.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 6ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2003;
6. Informativo 214 de 2004, site: www.stj.gov.br