



UMA RELEITURA DOS ARTIGOS 242 E 249 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PARADIGMA DA SOCIOAFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA

Felipe Gustavo Ramos de Oliveira Filho¹

Rafael Ferreira Lacerda²

RESUMO

Este estudo propõe um novo olhar sobre os artigos 242 e 249 do Código Penal com base na socioafetividade, que traz consigo, dentre outros princípios, o melhor interesse da criança. Para isso, são abordados temas como adoção, “adoção à brasileira”, filiação e socioafetividade. Além disso, dedica-se um tópico para tratar dos tipos penais destacados. Outrossim, apresentam-se dois casos que nortearão a discussão sobre as possibilidades de repensar os demais ramos jurídicos com base na socioafetividade. Concluiu-se que a reinterpretção dos mencionados dispositivos do Código Penal é uma responsabilidade que decorre da principiologia mais valiosa do Direito Civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Penal. Adoção. Filiação. Socioafetividade.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e estagiário da Procuradoria da República em Pernambuco (Ministério Público Federal)

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e estagiário do Escritório Almeida e Barros Advogados e Consultores.

O conceito de família não está mais restrito ao vínculo biológico, haja vista que a socioafetividade vem sendo reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. A própria Constituição de 1988, apesar de se referir apenas aos filhos havidos por adoção (art. 227, § 6º), os equiparou em direitos e qualificações aos filhos biológicos, algo rechaçado até então.

Tais filhos não biológicos, além da adoção, podem ser oriundos da posse de estado de filho e das técnicas de reprodução assistida (homólogas e heterólogas), reforçando a tese da filiação socioafetiva.

Assim, a filiação não mais provém unicamente do vínculo biológico, inexistindo hierarquia entre biologia e socioafetividade. A paternidade é necessariamente socioafetiva (gênero), podendo ter origem biológica ou não (espécies).

Sendo assim, a posse do estado de filiação gera o chamado “filho de criação”, que ocorre quando, mesmo não tendo sido formalizada a adoção, é possível identificar a afetividade no tratamento concedido ao indivíduo, tal como se filho fosse. Nesse viés, para uma doutrina mais clássica — como se verá no tópico seguinte —, oriunda do direito francês, entende-se que tal posse é formada pelo trato (*tractatus*), pelo nome (*nomem*) e pela fama (*reputatio*).

Contudo, uma doutrina mais recente entende que esses três elementos são apenas meios de prova, de modo que o estado de filiação se forma pelas condutas objetivas de cuidar, educar e assistir.

Nessa linha de pensamento, para constituir socioafetividade entre o padrasto e seu enteado, por exemplo, não é necessário desconstituir o poder familiar. Isso foi bem defendido em um julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), o qual conferiu a uma madrasta o direito de visitar a criança, mesmo após dissolvido o vínculo conjugal com o seu pai, com vistas a evitar o rompimento da convivência estabelecida entre ambos.⁴

Mas o que seria socioafetividade? Em síntese, socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, isto é, o fato de alguém praticar as condutas necessárias para criar e educar os filhos, com o fito de construir sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal.

Sob a ótica do Código Civil de 2002, o inciso II do art. 1.605⁵ deu margem ao reconhecimento da socioafetividade, pois o parentesco pode ser provado justamente a partir de

³ Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴ TJRJ. AI 2007.002.32991. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Cherubin Helcias Shwartz. j. 13.02.2008.

⁵ Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: (...) II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

presunções de fatos já consolidados no tempo — o que gera a posse do estado de filiação. O art. 1.593 também preceitua que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, de tal forma que se pode incluir a socioafetividade em um rol possível do termo “outra origem”.

A propósito, o Enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil reconheceu que “no fato jurídico do nascimento, mencionado no 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea também a socioafetiva”⁶. Desse entendimento também compartilha o Enunciado 256 da III Jornada: “a posse do estado filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”⁷.

Tudo isso consagra uma ideologia muito valiosa que se tornou um dos pilares do direito de família, qual seja, a concepção de que o vínculo biológico é apenas uma das formas que a paternidade assume. Assim sendo, pode-se dizer que a paternidade é um fenômeno eminentemente cultural, o que concede às palavras “pai” e “mãe” significados que extrapolam o produto de um processo biológico.

De fato, nesse caso, o direito deve se curvar diante do ditado popular “pai é quem cria”, fruto da realidade cotidiana. Independentemente de qualquer vínculo sanguíneo, o vínculo afetivo deve ser plenamente reconhecido pelo Estado, consagrando juridicamente a paternidade socioafetiva, de tal forma que os conceitos de pai e genitor biológico são totalmente diferentes e devem, sim, ser cindidos.

2 ADOÇÃO: CRITÉRIOS E “ADOÇÃO À BRASILEIRA”

Observe-se inicialmente o seguinte conceito:

Adoção, para o Direito, consiste no ato jurídico voluntário por meio do qual um sujeito estabelece um vínculo de filiação socioafetiva com outro sujeito, sendo um ato irrevogável, diferindo do nascimento, que se consubstancia no fato jurídico natural que estabelece um vínculo de filiação biológica (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 1051).

⁶ BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciados aprovados das jornadas de direito civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

⁷ BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciados aprovados das jornadas de direito civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, havia uma corrente de pensamento que entendia que o trato (*tractatus*), o nome (*nomem*) e a fama (*reputatio*) eram elementos suficientes para se constituir filiação. Com essa visão:

A *tractatus* está presente quando a pessoa é tratada na família como filha. O *nomem* se dá quando a pessoa traz o nome do pai. E a fama é a pessoa ter sido constantemente reconhecida como filha, pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade (FACHIN, 1999, p. 202).

Doutrina mais recente, contudo, passou a defender que tais elementos seriam “apenas um reflexo do exercício fático da autoridade parental” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 15), constituindo, em última análise, meros meios de prova. Nesse sentido:

Não é a paternidade ou a maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 11).

Assim sendo, a fim de abarcar o exercício fático da autoridade parental, formalizando esta, existe a adoção, a qual ganhou novos contornos no atual cenário do direito de família brasileiro. Para João Baptista Villela, que se preocupou com a “desbiologização do Direito de Família”, “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.” (VILLELA, 1997, p. 80).

Nos termos do § 5º do art. 227 da Constituição de 1988, “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, estando o assunto disciplinado especialmente na Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/2009). Essa lei revogou quase todos os dispositivos do Código Civil⁸ sobre adoção e alterou diversos artigos do Estatuto da Criança do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Destaquem-se brevemente os sujeitos da adoção. Quem pode ser adotado? Pessoas cujos pais biológicos sejam desconhecidos, tenham morrido, perdido o poder familiar ou consentido de forma expressa com a adoção (art. 45, *caput* c/c § 1º, do ECA). Assim, muitas

⁸ Basicamente, restaram apenas os arts. 1.618 e 1.619, os quais tiveram uma nova redação dada pela Lei da Adoção.

vezes, resta configurada uma situação de risco de abuso ou violência por parte dos pais biológicos, que devem, pois, perder o exercício do poder familiar.

Por outro lado, quem pode adotar? Pela nova redação do ECA, os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, desde que tenham 16 anos a mais que o adotado (art. 42, § 3º), sendo proibidos os ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, § 1º). Pode-se falar também de uma adoção unilateral, quando o cônjuge ou companheiro de um dos pais registra a criança a adota. Caso a adoção seja conjunta, necessita-se cumprir os requisitos do § 2º do art. 42, devendo os adotantes ser casados ou companheiros de união estável, comprovando a estabilidade do núcleo familiar.

Esse último caso desperta atenção, porquanto não há qualquer menção à orientação sexual dos adotantes, permitindo, por uma interpretação extensiva, a adoção por casais homoafetivos. Nesse mesmo sentido:

Apesar do lamentável silêncio legislativo, não se pode negar a adoção por casais homoafetivos que tenham constituído um núcleo familiar estável, ou pela pessoa afetiva individualmente, antes os princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e do melhor interesse do menor (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 1052).

De mais a mais, mesmo no milênio passado, alguns julgados já coadunavam com essa possibilidade, a exemplo de um proferido pelo TJRJ: “a (...) homossexualidade do adotante não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação (...) capaz de deformar o caráter do adotado”⁹. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu com base nesse entendimento, mormente após o julgamento conjunto da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, no qual foi reconhecida a possibilidade das uniões estáveis homoafetivas¹⁰.

Vale destacar que a adoção deve ocorrer apenas quando for impossível a permanência da pessoa na família biológica, cabendo a intervenção estatal para orientá-la, apoiá-la e promovê-la socialmente (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.010/2009). Ou seja, a ideia geral é a de

⁹ TJRJ. AC 14.332/98. Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, j. 28.04.1999.

¹⁰ STF. Pleno. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011. DJe 14.10.2011. Na mesma toada: STF. RE 846.102/PR. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 05.03.2015. DJe 18.03.2015.

que se trata de uma medida de exceção, conforme também prevê a nova redação do art. 39, § 1º, do ECA¹¹.

Desse modo, a ideia histórica de uma adoção com objetivo único de “dar filhos para quem não tem” é totalmente equivocada e não deve prevalecer hodiernamente. O objetivo dessa família substituta é, sobretudo, inserir o adotando em um ambiente familiar saudável, afetivo e que atenda a todas as suas necessidades, buscando consagrar o princípio do melhor interesse da criança.

Como efeito principal da adoção, rompe-se o vínculo de parentesco entre o adotando e seus pais biológicos (art. 41 do ECA), com exceção da adoção unilateral (art. 41, § 1º), haja vista que um(a) padrasto/madrasta, por exemplo, é quem adota a criança. Desta feita, “a adoção obedecerá a processo judicial e os seus efeitos, por regra, só começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito.” (LENZA, 2019, p. 2306).

Superados os aspectos gerais da adoção, é importante discutir a “adoção à brasileira”. Esta ocorre quando uma pessoa registra como seu um filho que sabe não ser. É o exemplo de um homem que, envolvendo-se afetivamente com uma mulher grávida ou com um filho já nascido, registra-o como se fosse seu também, fugindo do procedimento judicial da adoção.

Logo, vê-se que a “adoção à brasileira” não é, propriamente, uma adoção. Inclusive, tais hipóteses caracterizam crime, contemplado no art. 242 do Código Penal. Tal instituto ganha maior relevância no debate da socioafetividade, pois:

Estabelecido o vínculo afetivo, depois de uma pessoa ter registrado como seu um filho que sabia não ser, será possível vislumbrar uma relação jurídica paterno-filial decorrente do vínculo socioafetivo, não se recomendando, às vezes, a sua extinção, sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 983).

Com base na parte final dessa lição e no art. 1.604 do Código Civil¹², nota-se que não se vislumbra aqui o previsto nesse dispositivo, considerando que, na “adoção à brasileira”, a vontade de quem registrou não decorre de erro ou falsidade do registro. Ademais, a pessoa, com

¹¹ Art. 39, § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

¹² Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

esse ato, busca se comportar e exercer, de fato, o poder de mãe e/ou pai, de tal forma que o ajuizamento de uma ação negatória de paternidade, por exemplo, irá configurar uma verdadeira contradição com o comportamento assumido anteriormente (*venire contra factum proprium*).

Nesse sentido, “considerada a natureza irreversível e irrevogável da adoção, não faria sentido permitir um tratamento mais diferenciado a quem fez uso de um expediente ilegal, não sendo aceito o seu arrependimento posterior” (DIAS, 2010, p. 444 citado por FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 983). Assim, quem registra um filho, sabendo ser de outrem, deve ter consciência das responsabilidades que está assumindo (princípio da paternidade responsável) e das consequências dessa atitude.

Alguns tribunais de justiça vêm reconhecendo a socioafetividade na “adoção à brasileira”, considerando a irrevogabilidade do ato de adoção: “a ‘adoção à brasileira’, apesar de contrária à lei, vem sendo aceita pela sociedade em razão da preponderância da filiação socioafetiva sobre a biológica e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”¹³. Vale colacionar, também, o trecho de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁴:

O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.

Os julgados elucidam que “a socioafetividade não se sobrepõe somente à ‘adoção à brasileira’, mas também ao exame de DNA, o que demonstra a força dessa modalidade de parentalidade.” (CASSETTARI, 2017, p. 41). Com o mesmo pensamento:

Se há paternidade socioafetiva constituída por pai que, mesmo sabendo não ser biológico, com a anuência da mãe, em ato voluntário, movido por amor e solidariedade, registra alguém que a partir de então tem o *status* de seu filho, parece-me que essa paternidade não pode ser desconstituída pelo pai nem pela mãe (CHINELATO, 2004, p. 72 citado por CASSETTARI, 2017, p. 41-42).

¹³ TJMG. AC 1.067200.029573-9/000. Segunda Câmara. Rel. Des. Nilson Reis. j. 27.02.2007. DJe 23.03.2007. Na mesma linha: TJRS. AC 70035307297. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. j. 20.05.2010. DJe 27.05.2010.

¹⁴ STJ. REsp 1.229.044/SC. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 04.06.2013. DJe 13.06.2013. No mesmo sentido: STJ. HC 250.203/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva. j. 03.02.2015. DJe 09.02.2015.

3 DOS CRIMES DOS ARTIGOS 242 E 249 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

3.1 Parto suposto: supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Destaque-se, a princípio, o teor do art. 242 do Código Penal:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Das condutas presentes no tipo penal exposto, interessa para o presente estudo apenas a de “registrar como seu o filho de outrem”. Tal conduta guarda uma relação extremamente próxima com a “adoção à brasileira”, já discutida anteriormente. Nessa lógica, pode-se dizer que esse ato faz parte de um tipo penal classificado como um crime contra o estado de filiação e, desde já, observa-se a proximidade em relação ao âmbito do direito de família.

Os bens jurídicos tutelados são o estado de filiação e a fé pública — já que, quanto a esta última, aspectos registrais são envolvidos (CUNHA, 2016). Tal ação não exige uma qualidade especial do sujeito ativo, o qual pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado e a pessoa eventualmente prejudicada pelo delito — herdeiros do agente, por exemplo (CUNHA, 2016). Nessa linha de raciocínio, “essa prática é conhecida como ‘adoção à brasileira’, bastante utilizada pelos agentes para burlarem o procedimento legal de adoção.” (CUNHA, 2016, p. 536). O crime se consuma com o efetivo registro do filho alheio como se fosse próprio.

Atente-se para o fato de que o parágrafo único do art. 242 prevê um privilégio a ser aplicado aos casos em que uma das condutas do *caput* é praticada por motivo nobre. O juiz pode, inclusive, a depender do caso, proceder ao perdão judicial (causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IX, do Código Penal) e deixar de aplicar a pena. O exemplo a seguir é bastante elucidativo:

Motivo nobre é o digno, altruísta, elevado e generoso, como, por exemplo, o do agente que, diante da miséria a que é submetida a criança, gerada por pais sem a mínima condição de subsistência, a registra como própria, com a finalidade de lhe garantir adequado desenvolvimento (CUNHA, 2016, p. 537).

Observe-se, no mesmo sentido, o seguinte entendimento sobre o art. 242 do Código Penal:

A segunda modalidade de comportamento típico diz respeito à conduta de registrar como seu o filho de outrem, conhecida, popularmente, como “adoção à brasileira”, sendo extremamente comum sua ocorrência, praticada, principalmente, por famílias que atuam no sentido de ajudar um amigo, um parente próximo ou, mesmo, uma pessoa estranha que não possui condições para criar e cuidar de seu filho. Essa é razão pela qual existe o reconhecimento legal da nobreza do comportamento, criando, assim, nos termos do parágrafo único do art. 242 do Código Penal, um tipo derivado privilegiado, permitindo-se, ainda, ao julgador a aplicação do perdão judicial, oportunidade em que deixará de aplicar a pena (GRECO, 2017, p. 295).

A simples possibilidade de existência do perdão judicial demonstra que o legislador levou em consideração o melhor interesse da criança. Em outras palavras, a tutela dos bens jurídicos almejada a partir da tipificação de tal conduta deve ser afastada diante da proteção dos interesses atinentes ao bom desenvolvimento do indivíduo. No que tange à concepção moderna de família, vale destacar que:

Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do “melhor interesse da criança” como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento. Houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se sua nova organização (PEREIRA, 2018, p. 45).

A nova organização a que se refere o autor decorre especialmente da moderna elevação do status da socioafetividade que, como já discutido alhures, relativizou até mesmo o vínculo biológico. Vale salientar que, a despeito da postura adotada até aqui, não se pode olvidar que o

tratamento dado, no caso concreto, à “adoção à brasileira” deve ser cauteloso e voltado ao cotejo entre o interesse da criança e o escopo do agente que a registra em seu nome. Nessa toada, o tráfico internacional de crianças é uma das possíveis finalidades mascaradas pela “adoção à brasileira”:

Além de sujeitar o adotante a essas sanções penais, a adoção informal pode dar margem à suspeita de outros crimes, como se viu em caso julgado recentemente no Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. O Recurso em Habeas Corpus trouxe a história de um bebê recém-nascido, entregue pelos pais biológicos a um casal. A entrega foi intermediada por terceiro, que possivelmente recebeu R\$ 14 mil. A mãe biológica também teria recebido uma quantia de R\$ 5 mil pela entrega da filha. No registro da criança constou o nome da mãe biológica e do pai adotante, que se declarou genitor do bebê. A criança permaneceu com o casal adotante por aproximadamente quatro meses, até ser recolhida a um abrigo em virtude da suspeita de tráfico de criança (ROMANO, 2017, p. de internet).

O objetivo desta análise, portanto, não é legitimar práticas como a mencionada. Muito ao contrário. Busca-se apenas o triunfo da socioafetividade, do melhor interesse da criança e, acima de tudo, da família. Para isso, extrapolam-se ligeiramente os limites dos lugares-comuns. Guarde-se, todavia, a defesa dessa tese para momento posterior.

3.2 Subtração de incapazes

Observe-se o conteúdo do art. 249 do Código Penal:

Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

O tipo penal em comento está inserido no capítulo dos crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela. O dispositivo visa a proteger a família e a sua manutenção, especialmente no que tange à guarda de menor ou interdito (CUNHA, 2016). Resguardam-se o poder familiar, a tutela e a curatela (GRECO, 2017). Em escólio semelhante:

O crime de subtração de incapaz visa à proteção do pátrio poder (hoje poder familiar), tutela ou curatela. Com efeito, os bens jurídicos protegidos são a garantia e a proteção da instituição familiar, particularmente em relação aos direitos relativos ao poder familiar, à tutela ou à curatela, mais especificamente os direitos a seu exercício (BITENCOURT, 2012, p. 131).

A compreensão acerca do bem jurídico protegido é crucial para a análise a ser feita em momento posterior. O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte magistério:

A mãe, como qualquer pessoa, pode ser sujeito ativo do crime de subtração de incapaz. A expressão “pai” contida no § 1º do art. 249 do CP não é incriminadora em si. Consequentemente, não se pode tirar ilação a contrário sensu para concluir pela não incriminação da mãe que pratica a conduta típica. Por outro lado, sendo autor da subtração o pai da vítima, de cujo poder familiar não estava destituído por lei ou determinação judicial, não há falar em tipicidade, pois a prática do crime só pode ser atribuível a pessoa diversa. Nessa hipótese, trata-se de, digamos, posse justa ou, em termos mais técnicos, exercício regular de um direito no qual está o agente legitimamente investido (BITENCOURT, 2012, p. 131).

Em relação ao sujeito passivo, pode-se dizer que, primariamente, é aquele que mantém o incapaz em sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial; secundariamente, o próprio incapaz é sujeito passivo. Trata-se de um delito subsidiário, sendo absorvido pela eventual prática de delito mais grave — a exemplo da extorsão mediante sequestro (CUNHA, 2016). Também cumpre ressaltar que o consentimento do incapaz é irrelevante.

O § 2º do art. 249 traz a hipótese de perdão judicial decorrente da restituição do menor ou do interdito, desde que não tenha havido maus-tratos ou privações. Mais uma vez, o perdão judicial se faz presente. Assim como no delito do art. 242 do Código Penal, a previsão da possibilidade de concessão do perdão judicial tem íntima relação com o bem jurídico tutelado. Sendo assim, a inexistência de violação ao bem jurídico em questão — no caso da subtração de

incapazes, o poder familiar, a tutela e a curatela — afasta a aplicação da pena, de modo que é cabível a investigação de outros casos em que o referido bem jurídico não seria violado — não havendo, porém, a restituição do incapaz. Entretanto, novamente, reserve-se a discussão para análise posterior.

O delito de subtração de incapazes também está previsto no art. 237 do ECA, nos seguintes termos: “subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto. Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa”. Observa-se, portanto, que o escopo fundamental da tipificação dessa conduta é a proteção do incapaz, já que “o Estatuto da Criança e do Adolescente (...) vem em resposta à nova orientação constitucional (...) relativa à matéria, deixando claro (...) seu objetivo fundamental: a proteção integral de crianças e adolescentes.” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2017, p. 3).

À luz do melhor interesse da criança — e, por extensão, do adolescente —, não se pode restringir a análise fática à letra fria da lei. Em muitos casos, a preservação da integridade do incapaz apenas pode ser alcançada com base em um posicionamento para além da norma.

Ressalte-se, porém, que não se almeja estimular a violação da norma. Trata-se apenas de uma releitura normativa desencadeada pelas mais recentes conquistas no âmbito do direito de família relacionadas à socioafetividade e à filiação. Para além do intuito de construção de um costume contrário à lei (*contra legem*), visa-se a despertar no leitor o espírito crítico diante de tais dispositivos penais, os quais guardam relação íntima com o direito de família.

4 EXPOSIÇÃO DOS CASOS

Diante do que foi exposto, é válido expor dois casos, cada qual envolvendo um dos tipos penais discutidos anteriormente.

O primeiro caso ocorreu em Goiânia/GO no primeiro semestre de 2019 e foi extraído de uma notícia¹⁵. Uma mulher de quarenta anos já era mãe de dois filhos biológicos e cuidava do filho biológico do seu namorado. Ao dar à luz outro filho, fruto do seu relacionamento com o então namorado, a mulher abandonou a criança em uma maternidade de Goiânia, já que não teria condições financeiras de cuidar dela. Sabendo disso, uma técnica de enfermagem pegou a

¹⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/06/03/mae-abandonou-bebe-em-maternidade-de-goiania-por-nao-ter-condicoes-financeiras-diz-policia.ghtml>. Acesso em: 07 out. 2019.

criança e a levou para os cuidados de sua prima e do marido desta, os quais tinham perdido o filho no sexto mês de gestação e desejavam tentar a adoção. A técnica de enfermagem foi indiciada pelo crime de subtração de incapaz (art. 249 do Código Penal). A defesa alegou que a mulher apenas tentou ajudar a criança e a prima, visto que a mãe biológica não tinha interesse de ficar com a criança por falta de condições.

O segundo caso ocorreu em Brasília/DF, em 1986¹⁶. Fingindo ser enfermeira, uma mulher entrou no quarto onde uma mãe acabara de dar à luz o filho. Sob o pretexto de que faria exames no recém-nascido, a desconhecida sumiu com a criança. Em 2002, uma pessoa não identificada relatou a história de um menino nascido em Brasília e adotado por goianos. No mesmo ano, agentes da polícia civil passaram a investigar o caso. O menino, então, aceitou realizar o exame de DNA, com a condição de que nada aconteceria com sua mãe de criação. Em novembro de 2002, o resultado do exame genético comprovou que o menino era, de fato, o que havia sido levado da mãe em Brasília, dezesseis anos antes. Em abril de 2003, a mãe de criação teve a sua prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). Em agosto do mesmo ano, a mulher foi condenada pela prática dos delitos do art. 249 (subtração de incapaz) e do art. 242 (registrar como seu o filho de outrem), ambos do Código Penal.

O que dizer de tais casos? Em que pese a configuração dos delitos em questão, de que forma o interesse da criança poderia mudar os rumos dos casos expostos?

5 POR UMA REFORMULAÇÃO DOS ARTIGOS 242 e 249 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Percebe-se que em nenhum dos casos houve dolo de manter as crianças em cárcere privado, visando a receber um valor pelo resgate, por exemplo. Tampouco foi uma hipótese de tráfico infantil. Qual foi o dolo praticado por elas? Dolo de criar, cuidar, educar, amar e se dedicar como mãe? Seria falta de sensatez entender desta forma, mas os casos comprovam o sepultamento da razoabilidade.

Como já discutido, a “adoção à brasileira” é uma forma de reconhecimento da filiação socioafetiva em detrimento da biológica que vem sendo consagrada no ordenamento jurídico

¹⁶ Disponível em:

https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/03/10/interna_cidadesdf,474776/apos-12-anos-do-reencontro-familia-de-pedrinho-esta-cada-vez-mais-un.shtml. Acesso em: 07 out. 2019.

pátrio. Nas situações em que a afetividade prevalece e em que não houve o dolo de praticar ato ilícito, não há que se falar em crime. E os dois casos estão justamente nessa exceção. A socioafetividade deve prevalecer sobre a legalidade de um mero ato registral. Não é outro o seguinte entendimento:

A adoção é o grande exemplo da filiação socioafetiva, seu único elo é o afeto, que deve prevalecer sobre tudo. Toda criança/adolescente que tem a possibilidade de ser adotada já passou por um momento de rejeição em sua vida, tendo conseguido obter e dar amor a um estranho que vê, agora, como um pai, superando o sentimento de perda. Não se justifica que, em nome ao respeito a uma regra que tem a finalidade única de dar publicidade e legalidade às adoções, o sentimento, o sustentáculo da adoção, seja colocado em segundo plano e a criança seja obrigada a passar por outro drama em sua vida, sair da companhia de quem aprendeu a amar (BORDALLO, 2012, p. 228).

Destaque-se que os bens jurídicos tutelados por ambos os delitos são justamente o que se defende e o que se busca preservar a partir do presente estudo. O estado de filiação e o poder familiar, atualmente, seguem as diretrizes da socioafetividade. Ora, se o que se busca preservar primordialmente é o interesse da criança, não se vislumbra como, nos mencionados casos, houve violação desse interesse.

Questiona-se, inclusive, a própria tipificação da conduta de “registrar como seu o filho de outrem”. Percebem-se, claramente, os resquícios de superioridade do vínculo biológico. A conduta, evidentemente, pressupõe que o filho seja de outrem, antes mesmo do ato registral. Logo, um exercício simples de lógica remete o intérprete ao vínculo biológico de filiação. Diante dos avanços que o paradigma da socioafetividade proporcionou no âmbito do direito de família e tendo em vista que o delito tipificado no art. 242 do Código Penal visa a preservar — entre outros valores — o estado de filiação, não deveria tal conduta ser revista quanto à sua abrangência?

Obviamente, no segundo caso exposto acima, a mãe biológica não tinha interesse em perder a guarda da criança. Ressalte-se, inclusive, que não se busca supervalorizar o vínculo não biológico em detrimento do biológico. Muito ao contrário. A tríade formada pelos atos de cuidar, educar e assistir (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 28) pode originar-se de qualquer das espécies de vínculo, desde que a afetividade esteja presente.

Nesse diapasão, no segundo caso, da mãe biológica foi subtraído o direito de exercer o cuidado, de dar educação e de assistir o filho. Além disso, não se questiona o seu direito de

recuperar a guarda do filho, uma vez que não houve abandono. Coloca-se apenas em discussão a punição dada à mãe de criação. Se até o filho — cujo bem-estar é o maior escopo de toda a discussão — defendeu a inocência da mulher, o que dizer quando a proteção do poder familiar supera o melhor interesse da criança? E se fosse um caso em que a família biológica não oferecesse os cuidados devidos, ainda prevaleceria o poder familiar em detrimento do interesse do incapaz, levado por uma pessoa disposta a oferecer seus cuidados?

Note-se que não se põem em xeque os tipos penais presentes nos arts. 242 e 249 do Código Penal para aboli-los; trata-se apenas de uma tentativa de repensá-los diante das novas realidades anunciadas — ou melhor, reconhecidas — pelo direito de família. Poderia um intérprete mais conservador argumentar que, em ambos os crimes, o juiz pode deixar de aplicar a pena, desde que haja o reconhecimento da nobreza da motivação (parágrafo único do art. 242 do CP) ou que a criança seja devolvida incólume (§ 2º do art. 249 do CP). O problema, então, estaria resolvido. Ledo engano. Há, pelo menos, três contra-argumentos.

Primeiramente, “motivo de reconhecida nobreza” possui significado subjetivo. No primeiro caso, ainda que a técnica de enfermagem tenha levado a criança no intuito de conceder a ela os cuidados devidos — já que a mãe biológica não teria condições de fazê-lo —, não restou configurada a nobreza da motivação. Triunfou a letra fria da lei, alheia às peculiaridades do caso concreto e à evolução dos outros ramos do direito (no caso, o direito de família).

Outrossim, no segundo caso, não houve a aplicação do benefício da isenção de pena, ainda que o filho tenha sido devolvido incólume. Não houve violação da lei, uma vez que esta prevê expressamente que fica a critério do juiz deixar ou não de aplicar a pena. Todavia, a crítica reside justamente nesse ponto: diante dos meios objetivos de prova de filiação estabelecidos pela doutrina (nome, trato e fama) e dos indicadores diretos de existência daquela (cuidados, educação e assistência), como ainda remanesce uma margem tão grande de interpretação para o juiz? Há, claramente, necessidade de reestruturação do tipo, uma vez que o direito penal deve caminhar ao lado do direito civil, de forma sistemática.

O terceiro contra-argumento reside no estigma que incide sobre uma pessoa que responde a um processo pela prática de qualquer crime. O “processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico.” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 137). Em outras palavras, ainda que, nos casos em discussão, tivesse sido aplicado o perdão judicial, nada seria capaz de apagar as marcas deixadas pela participação no polo passivo de um processo penal.

Como já dito alhures, a adoção, no Brasil, requer um procedimento formal que inclui o Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Trata-se de um banco de dados nacional que contém todas as crianças e adolescentes aptos a serem adotados, bem como os pretendentes. Na verdade, o pretendente deve, primeiramente, habilitar-se na Vara da Infância e Juventude de sua comarca. Bem-sucedida a habilitação, o pretendente adquirirá um número no cadastro, cuja ordem é definida segundo critérios estipulados pelos juízes de cada comarca — a cronologia registral, na verdade, é o critério mais comum¹⁷.

A par de todo esse procedimento, existe a chamada adoção em consideração à pessoa (*intuitu personae*), que ocorre quando o adotante não consta do CNA. O art. 50, § 13, do ECA prevê o rol (à partida, taxativo) de casos em que tal modalidade de adoção é admitida:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

(...)

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

À luz do dispositivo, percebe-se que há uma delimitação bastante objetiva dos critérios para o deferimento do pedido de adoção em consideração à pessoa. Obviamente, nenhuma das situações reais mencionadas no tópico anterior se enquadraria nos incisos do mencionado § 13. Entretanto, questiona-se se o mote da “reconhecida nobreza” não poderia fazer as vezes de uma nova hipótese de adoção em consideração à pessoa, desde que proveniente de uma situação em que a criança ou adolescente sairia imediatamente de uma situação de espera por um lar.

Obviamente, na “fila de adoção” há inúmeras pessoas dispostas a cuidar igualmente do adotando. No entanto, o diferencial está justamente na espera que a criança ou o adolescente

¹⁷ Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/midiateca/publicacoes/o-que-e-o-cadastro-nacional-de-adocao>. Acesso em: 09 nov. 2019.

terão que enfrentar para, enfim, passar a fazer parte de uma família. Não foi outra a intenção da técnica de enfermagem que levou a criança recém-nascida para os cuidados de sua prima: proporcionar afeto à criança desde os primeiros meses de vida.

A tese de que é melhor para a criança estar no acolhimento de um lar, e não em um abrigo, foi utilizada pelo STJ em recente julgado¹⁸:

HABEAS CORPUS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO ‘INTUITU PERSONAE’. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) 3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção. 4. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava. 5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: “A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei”. 6. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior. 7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício. 8. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Percebe-se, dessarte, que o paradigma da socioafetividade deve triunfar, alcançando, inclusive, o direito penal e demais ramos do direito, no que for pertinente ao direito de família. Pensar em hipóteses em que a socioafetividade deveria prevalecer em casos de subtração de incapazes requer, naturalmente, um exercício mental muito maior do que nos casos de “adoção à brasileira”. Sem embargo, como já dito, não é impossível. Basta pensar em um caso em que a família que detém a guarda legal do menor de dezoito anos constantemente destrata e violenta física ou psicologicamente o incapaz, vindo uma terceira pessoa a retirá-lo da guarda perversa dos familiares para cuidá-lo.

Trata-se de uma reflexão um tanto quanto polêmica, mas que merece especial atenção. A socioafetividade não é um paradigma ilimitado. Casos há, sim, em que a má-fé prevalece e a vontade do agente não guarda qualquer resquício de afetividade. Mas o reconhecimento de que o melhor interesse da criança deve prevalecer sistematicamente no direito não dá margens a

¹⁸ STJ. HC 487.812/CE. Terceira Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 26.02.2019. DJe 01.03.2019.

outra conclusão que não a necessidade de repensar tais dispositivos do Código Penal, segundo as diretrizes já discutidas.

De mais a mais, a própria adoção em consideração à pessoa merece especial atenção, haja vista que o formalismo exacerbado pode privar a criança de um lar por tempo indeterminado. Afinal, “aquilo que se faz por amor sempre se faz além dos limites do bem e do mal.” (NIETZSCHE, 2001, p. 91).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que, mesmo a “adoção à brasileira” sendo um procedimento ilegal, tal instituto pode dar origem a uma filiação socioafetiva. O direito à convivência familiar, o princípio do melhor interesse da criança, o princípio da igualdade e, acima de tudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, devem ser observados nesses casos.

Conclui-se, portanto, que, por tudo o que foi demonstrado e discutido, é possível repensar a interpretação dos artigos 242 e 249 do Código Penal brasileiro, no intuito de promover a integração hermenêutica (interpretação sistemática) entre o direito penal e o direito civil — especialmente no que tange à nova realidade existente no direito de família.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 197-266.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciados aprovados das jornadas de direito civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos->

judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Fempar, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro**. Curitiba: Hemus, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Situações irregulares de adoção**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59957/situacoes-irregulares-de-adocao>>. Acesso em: 07 out. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 4-32, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/97>. Acesso em: 12 out. 2019.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. *In*: BARRETTO, Vicente. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

A REVIEW OF ARTICLES 242 AND 249 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE BASED ON THE PARADIGM OF SOCIOAFFECTIVITY OF FAMILY LAW

ABSTRACT

This study proposes a new look at the articles 242 and 249 of the Penal Code based on socioaffectivity, which brings with it, among others principles, best child's interest. Thereunto, themes like adoption, "brazilian adoption", filiation and socioaffectivity are addressed. Besides, there is a topic to address the detached articles. Furthermore, there are two cases that will guide the discussion about possibilities to restructure other law branches based on socioaffectivity. It was concluded that the reinterpretation of the mentioned articles of the Penal Code is a responsibility generated from the most valuable principiology of Civil Law.

Keywords: Civil law. Criminal law. Adoption. Filiation. Socioaffectivity.