

**Falsidade ideológica decorrente do registro de filhos alheios como próprios.
Pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalça? (*)**

Prof. ANTÔNIO CHAVES

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Falsidade ideológica. Elementos.
3. Jurisprudência pátria e conclusões que autoriza.
4. Não há delito sem antijuridicidade.
5. Providências a serem tomadas para legalizar a situação.

1. Introdução

O que é que objetivam um homem e uma mulher quando unem suas existências?

Sem dúvida, satisfazer seus instintos sexuais.

(*) Palestra proferida na UNAERP — União das Associações de Ensino de Ribeirão Preto, no dia 11-12-1976.

Seria porém muito material, muito primário, muito "animal" o conceito, se a par desse, não considerasse outros alvos, mais nobres: a união, além dos corpos, dos espíritos, das almas, para compartilhar das satisfações que a vida proporciona, para ampararem-se mutuamente nos infortúnios e nas doenças.

Percebe-se, então, que aquela união de dois seres é muito mais complexa do que parece à primeira vista, revelando-se base e origem de um instituto também ético, jurídico, social, e até mesmo político, o mais importante de todos, pois é nessa união que o Estado assenta a sua base, como célula fundamental da própria continuidade de seus componentes.

Qualifica por isso DERBURG o casamento como o instituto mais importante do direito privado, pedestal da organização da sociedade civil, complementando Spencer que a continuação da vida, da espécie é a finalidade a que todas as outras finalidades ficam subordinadas, uma vez que, onde a espécie desapareça, desaparecerão todos os outros objetivos.

Certa, pois, a conclusão de CALOGERO GANGI: se a união sexual é uma das finalidades fundamentais do casamento, não é certamente a única nem pode ser considerada a mais importante e indispensável. A procriação, a criação e a educação da prole constituem indiscutivelmente outro escopo fundamental.

Maternidade e paternidade são sem hesitação as mais sublimes venturas de que se possa desfrutar na terra: fontes de inesgotável contentamento, enquanto infantes os filhos, de satisfações maiores à medida que vão desenvolvendo sua inteligência, quando bem orientados, e de apoio no desamparo e na velhice. Os pais vêm-se retratados e perpetuados na descendência.

Mas a existência proporciona surpresas e decepções, e pelas razões as mais diversificadas, inúmeros casais, por maiores que sejam seus esforços e diligência, não conseguem procriar.

Dai a preocupação revelada desde os tempos mais recuados na história, de suprir essa falha por meio dos mais variados expedientes, dentre os quais o mais usado é o da adoção, a que em época recente se acrescentou outro: o da legitimação adotiva, que procura uma integração mais completa.

Mas nem um nem outro cortam definitivamente todos os laços que unem uma criança, mesmo abandonada, à família de sangue.

Por isso mesmo milhares de casais visando justamente romper todos os liames com o passado, apagar completamente qualquer possibilidade de reivindicação por parte dos verdadeiros parentes, e até mesmo, evitar que os filhos acolhidos venham a defrontar-se com perguntas indiscretas e com preconceitos de toda ordem, sabedores mesmo que estão cometendo um crime, arrostando todos os perigos e acabam registrando filhos alheios como próprios.

2. Falsidade Ideológica. Elementos

Cometem, por essa forma, figura delituosa definida no Código Penal como:

“FALSIDADE IDEOLÓGICA

Art. 299 (caput) — Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de um cruzeiro a dez cruzeiros, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de cinquenta centavos a cinco cruzeiros, se o documento é particular.”

A simples leitura do texto configura quatro elementos constitutivos:

- 1) omissão ou comissão de declaração falsa ou diversa;
- 2) finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante;
- 3) interesse;
- 4) dolo.

Se o primeiro elemento está sem dúvida perfeitamente caracterizado em todos os casos em que alguém pretende inculcar filhos alheios como próprios, há que convir em que rarissimamente concorre o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. E na hipótese em estudo, pretender configurá-lo será, por certo, superfetação.

Que prejuízo poderia vislumbrar um casal ao acolher como suas, crianças que de outro modo estariam fadadas a privações e possivelmente misérrimas?

Tivesse um só filho de sangue, e então poder-se-ia considerar a eventualidade de um dano para este, e não para aquelas, como está sem dúvida na intenção da lei.

Demonstra FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria del Falso* (Pádua, Cedam, 1935, pág. 167), estar o princípio de que a falsidade inócua não é penalmente ilícita tão profundamente enraizado na tradição italiana que até mesmo a “Relazione del Guardasigilli al Re” reconhece que:

“ove fosse concepibile un caso di falsità in atto pubblico assolutamente non suscettiva di cagionare qualsiasi nocumento, nessun giudice riterrebbe sussistente il delitto”.

Lembra ainda ter-se na formação do Código sustentado que uma possibilidade desta espécie não existe, porque, pelo menos no que diz respeito a um ato público, o falso pode sempre causar dano.

Acrescenta ser provável que, se com relação a esse ponto a indagação fosse levada mais a fundo, a afirmação resultaria mais cautelosa, assumindo também a esse propósito relevo decisivo a distinção estabelecida entre falsidade exterior e falsidade interna do documento.

Enquanto que na primeira convém reconhecer sem mais o perigo iminente porque se trata de fazer figurar o documento como outro daquele que é, na segunda a atenção recai logo sobre a hipótese em que a mendacidade diga respeito a algum pormenor irrelevante dos fatos que o documento representa, e é justamente essa irrelevância que pode constituir a razão da inocuidade do falso.

Indagando se existe um caminho pelo qual a inocuidade do falso possa traduzir-se, na conformidade da própria previsão do Ministro, em inocência do falsificador, reconhece que, na prática, os juízes percorrem o mais freqüentemente o caminho do dolo.

Não nega que, às vezes, justamente devido à irrelevância da mentira, esta tenha antes escapado ao documentador que não tenha sido por ele querida. Fora porém desta hipótese, a negação do dolo confundiria a vontade com a causa, e, em segundo lugar, atribuiria a esta, em matéria de falso em ato público, um valor que não possui.

Manifesta que a fresta através da qual "può passare questa profonda esigenza di giustizia" é aquela parte da fórmula do art. 479 do Código Penal italiano que precisa o objeto do falso punível em tais "fatos, dos quais o ato é destinado a provar a verdade."

E conclui:

"Si potrà sostenere che se quel modo di essere di un fatto, che è oggetto del mendacio, non ha giuridica rilevanza, l'atto non è destinato a provarne la verità, perchè la rilevanza del fatto da provare è un pressupposto della sua prova in giudizio."

NOÉ AZEVEDO, em parecer, considera indispensável a ocorrência de dano efetivo ou potencial. Surgindo uma alteração da verdade que não cause prejuízo, nem seja apta a causá-lo, fica excluída toda idéia de criminalidade:

"O registro promovido pelo consulente nenhum prejuízo causou, nem seria apto a causá-lo. Se é verdade que o casal tinha uma filha legítima, que poderia vir a ser prejudicada na sua sucessão, pela concorrência de mais um suposto irmão, é também certo que os autores do registro também teriam direito de dispor por testa-

mento da metade dos bens que porventura viessem a possuir, não tendo, na atualidade, patrimônio apreciável. A solidariedade de um irmão valeria muito mais a essa filha legítima do que o mingado quinhão hereditário que fosse atribuído ao rapaz.”

No que diz respeito à falsidade ideológica, acrescenta: “não bastará a simples consciência de estar sendo preterida a verdade. É o próprio BENTO DE FARIA quem, nas anotações ao art. 299, acrescenta isto: “Na espécie não basta, entretanto, que o culpado tenha agido com consciência e vontade, é necessário que tenha sido impelido por determinado interesse.” E cita, no mesmo sentido, GARRAUD, PUGLIA, RIVAROLA, NEGRI, COGLIOLO e outros”.

Finalmente, no tocante ao dolo, analisando a cláusula final do art. 299 chega à conclusão de que esse preceito exige realmente o dolo específico para a configuração do delito de falsidade ideológica.

Invoca um elemento histórico em abono dessa conclusão, o art. 258 do Código Penal de 1890:

“Fazer escritura, papel ou assinatura falsa, sem ciência ou consentimento da pessoa a quem se atribuir, com o fim de criar, extinguir, aumentar ou diminuir uma obrigação.”

Os nossos penalistas, entre eles CARVALHO DE MOURÃO, criticavam esse texto, dizendo que restringia extraordinariamente a figura delituosa, tornando necessária a existência de um dano material para integrar-se a falsidade de documento particular. Isso impedia a punição de falsidade de escritos dessa natureza, da qual decorresse somente dano moral, como na célebre questão da carta falsa atribuída ao PRESIDENTE BERNARDES (v. comentário de GALDINO SIQUEIRA ao art. 258 citado).

Para permitir uma punição mais eficaz para essa forma de criminalidade, foi o texto modificado pelo art. 22 do Decreto n.º 4.780, de 27-12-1923, com esta redação:

“Fazer, no todo ou em parte, escrito ou papel particular falso, alterar o verdadeiro, servir-se de papel por essa forma falsificado.”

Essa disposição tornara evidente a dispensa do dolo específico, consistente na intenção de criar, aumentar ou diminuir uma obrigação. Bastaria a ciência de se estar conculcando a verdade. Não haveria mais necessidade da verificação de dano patrimonial, sendo suficiente a ocorrência do prejuízo de ordem moral.

Mas o novo Código voltou a falar no fim especial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato jurídico relevante.

Ressurgia, assim, o interesse como finalidade de quase todas as variantes aí previstas.

“Na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante, ainda se poderia levantar a questão da dispensa do “animus lucri faciendi”, na coloração do dolo específico. Mas, se o legislador claramente exige a intenção de tirar proveito ou de causar prejuízo nas outras modalidades previstas no texto, não se concebe que tivesse dispensado essa intenção, ainda que o dano objetivado fosse de natureza moral, na última variante, isto é, na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante.

Sendo este fato de gravidade incomparavelmente menor do que os outros, seria estranhável que o legislador os equiparasse, estabelecendo a mesma penalidade para uma ação torpe por sua própria natureza e para uma outra, que não passaria de um dos chamados delitos artificiais, advindos de pura criação da lei.”

Conclui demonstrando que a afeição que os declarantes viram nascer em seus corações, foi, incontestavelmente, o elemento psicológico do ato praticado:

“E sentimento de tal nobreza jamais poderá funcionar como força interna, elemento psicológico, dolo genérico ou específico de qualquer crime.”

Acresce que, ao solicitarem a adoção, ou, se for o caso, a legitimação adotiva, poderão os interessados isentar-se de qualquer consequência de caráter punitivo, como iremos verificar mais adiante.

3. Jurisprudência pátria e conclusões que autoriza

Em contraste com os inúmeros casos que é sabido ocorrem anualmente sem que as autoridades deles tomem oficialmente conhecimento, uma pesquisa revelará serem raros os pronunciamentos condenatórios: Rev. dos Tribunais, vols. 221-69, 231-61, 251-127, 334-90 e 439-338, todos eles denunciadores, no entanto, de particularidades de natureza verdadeiramente excepcional.

Muito mais abundante os acórdãos absolutórios: Rev. dos Tribunais, vols. 149-706, 155-305, 187-541 e 564, 185-122, 190-655, 195-97, 206-83, 218-111, 228-110, 231-663, 235-93, 277-157, 287-448, 288-118, 291-121, 292-115, 303-82, 307-110, 322-124, 329-137, 447-767, 464-336, 479-310; Rev. Forense, vols. 98-199, 140-428, 150-420, 182-334, 199-275, 203-305, 207-327 etc.

Não faltam decisões até mesmo do Supremo Tribunal Federal que contornam o problema atribuindo ao falso registro a figura de “adoção simulada”.

O Tribunal de Alçada de S. Paulo, pela sua C. Terceira Câmara Criminal, em acórdão unânime de 20-3-59, Rev. dos Tribunais, vol. 287-448, seguiu a mesma diretriz:

“O registro de filho de outro como próprio caracteriza, em tese, o delito do art. 299 e não o do art. 242 do Código Penal. Mas, para que se configure aquela infração, é indispensável o dolo específico, que se consubstancia no “fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.”

Acolheu, assim, o parecer do Procurador da Justiça E. MAGALHÃES NORONHA, fazendo ver não ter-se integrado o crime, que exige dolo específico, que se consubstancia naquele fim.

Refuta o ponto de vista que o prejuízo ainda pode advir: este jamais poderá ser putativo; seria quase um evento culposo, inadmissível em delito contra a fé pública.

“Nem se diga que há também a alteração da verdade de fato juridicamente relevante como objetivo e que este é insito na falsa declaração. Se a este a lei se reportasse seria pleonástica evidentemente: a alteração da verdade a que aí se faz menção é outra.”

A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum, aos quais não se pode excepcionar o juiz, que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto gélido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre os milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais, não podendo resistir à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspira tais gestos.

Uma análise da jurisprudência evidencia a preocupação das decisões absolutórias de encontrar um fundamento na maior parte dos julgados localizada na falta de dolo específico.

Mas esse não pode deixar de ser reconhecido como decorrente do fato dos registrantes desejarem “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, isto é, a filiação.

Daí concluir o Prof. ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro* (ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1968), não deixar de existir o dolo específico:

“Este, como se sabe, consiste no fim, no escopo, no objetivo que se propõe o agente. E o objetivo imediato daqueles casais está claramente tipificado na parte final do artigo 299. Poderá não haver, nos casos focalizados pelo Tribunal, culpa moral *lato sensu*, pois is-

so depende do critério que se adote, mas não deixa de existir o dolo específico.”

SYLVIO DO AMARAL, autor da premiada monografia **Falsidade Documental** (S. Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 1958), depois de pôr em realce, a pág. 90, as incongruências e desconchavos do Código Penal, salienta ser o art. 299 manancial inesgotável de dissidência jurisprudencial, em virtude de ter o legislador cominado, indistintamente, severa pena para todos os casos, sem distinguir como modalidade privilegiada (como fez a respeito de muitas outras figuras delituosas) aquela em que o agente procede movido por motivo de relevante valor social ou moral.

“Nos casos oriundos de causa nobre, sentem os juízes o descabimento da aplicação de pena grave como a reclusão. E, à falta de uma pena de rigor intermédio e conveniente, preferem concluir pela absolvição do agente, ainda que para isso se valendo de soluções, que o texto legal e a doutrina desautorizam, tais como a de atribuir à nobreza de propósitos a força de circunstância excludente de criminalidade.”

Tanto isso é verdade que o próprio legislador, reconhecendo o excessivo rigor com que considerou a hipótese, não apenas abrandou extraordinariamente as penas, que, no Código Penal de 1969, passam a ter mais um valor meramente simbólico, de simples lembrete ou advertência de que a hipótese constitui uma ilegalidade, do que propriamente a revelação da intenção de reprimir, mas, ainda consignou uma alternatividade de penas que o texto atual não exhibe.

É o que se deduz do art. 266, parágrafo único, que degrada a pena de reclusão para a de detenção, que reduz, ainda, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, para três meses a um ano, ou pagamento de cinco a vinte dias-multa; admite, outrossim, expressamente possa o juiz deixar de aplicar a pena (dá-lhe o título de diminuição de pena ou perdão judicial).

A bem dizer, a norma do Código Penal de 1969 descaracteriza o crime de falsidade ideológica, no caso de falso registro para inculcar filho alheio como próprio.

Se no regime do Código vigente são excepcionais os casos de condenação, pode-se tranquilamente deduzir que, antes mesmo que entre em vigor o novo, deixarão de existir completamente.

Justifica muito bem GIUSEPPE MAGGIORE:

“A lei, do mesmo modo que pode incriminar um fato, pode descriminá-lo, isto é, pode suprimir-lhe o predicado de criminalidade, fazendo *secundum ius* o que é *contra ius*. Dessa maneira “justifica” a ação, isto é, volta a colocar dentro da órbita do direito uma ação que deveria ser excluída da mesma.”

Uma ação é ou jurídica ou antijurídica — **medium non datur**:

“Justifica-se, não o que não tem importância ou é estranho ao direito, mas o que seria antijurídico sem um mandado ou permissão, sem uma ordem ou autorização legais.

Se no Direito Penal se fala de **não-delito**, não é porque sob este nome se consideram todas as ações estranhas ao direito (desde os sucessos naturais, como o terremoto e a inundação, até os atos humanos inócuos, como respirar e pensar), mas porque esta categoria serve para denotar aqueles fatos que, conquanto tenham aparências de antijuridicidade, não têm, porém, sua substância, porque a lei os justifica por motivos éticos. O **não-delito** é o delito justificado.” (Págs. 387 e 388, nº 2.)

Há mais, porém.

Tão difundida é a prática do registro de filhos alheios como próprios, tanto responde aos mais puros sentimentos a ambição de quem quer que os filhos que elegeu se sintam *perfeitamente integrados* em sua família, que inspirou ao legislador o novo instituto da legitimação adotiva, por nós já qualificada como “legalização do parto suposto”.

Parcela como é, certamente, da humanidade, não há magistrado, por mais cumpridor escrupuloso de seus deveres e obediente ao espírito da lei, por mais aferrado que seja aos textos, que consiga fazer calar o clamor da sua consciência ao impor uma pena de reclusão de um ano, e de uma multa, embora simbólica apenas, de um cruzeiro, a um cidadão que, depois de ter pretendido proclamar aos amigos e à sociedade que as crianças que está criando com o amor, a devoção e o carinho que muitos pais verdadeiros não lhe consagram, reconheça o erro com tamanha boa intenção cometido e se proponha repará-lo. Nem há necessidade de recorrer a qualquer argumentação de caráter sentimental para isentar o declarante de qualquer culpa e pena.

4. Não há delito sem antijuridicidade

Faz ver GIUSEPPE BETTIOL, **Direito Penal**, (tradução, vol. I, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, pág. 408) não terem as normas penais, que prevêm causas de justificação, caráter excepcional, já que se prestam para determinar a esfera normal de eficácia e as condições em que a norma penal incriminadora desempenha sua função.

São o reverso da medalha penal, o que significa serem essas normas passíveis de extensão analógica e de interpretação sistemática.

Reproduz conceitos de NOVOA MONREAL, que também considera que as causas de justificação não são unicamente as que o Código teoricamente enumera, porque a juridicidade ou antijuridicidade se resolve com todo o direito positivo, considerado como unidade. O princípio geral em torno ao qual elas estão polarizadas é o de que, no caso de conflito entre

dois interesses tutelados, o de menor relevo social deve ceder lugar ao interesse predominante.

“Este princípio, em nossa opinião, deve ser invocado para procurar resolver aquelas situações concretas que se podem apresentar em tema de justificação. Há quem considere que possa valer como princípio geral a proposição de que qualquer meio adequado à realização de um fim lícito não pode ser considerado antijurídico. Assim, de MARSICO.”

Entre nós, DÉLIO MAGALHÃES, *Causas de Exclusão de Crime*, (São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 1975), desenvolve longa e brilhantemente, a páginas 85 e segs., o tema da licitude excepcional.

Faz ver que se não há crime sem **tipicidade** e sem **culpabilidade**, não pode, de igual modo, haver crime sem **antijuridicidade**, isto é, quando o fato é praticado *secundum ius*. É a razão porque ENRICO PESSINA acentuou:

“É indubitável que não há direito contra Direito, e, por isso, desde o momento em que um ato foi querido pelo Direito, a saber, consentido ou mandado por ele, não pode constituir uma negação do Direito.”

Entre outras lições, transcreve a de FILIPPO GRAMMATICA:

“Não é, pois, a **norma permissiva negativa** a que exclui a ilicitude em tais casos, mas é, precisamente, a **falta do ilícito** na intencionalidade consciente do indivíduo, a que exclui **a priori a culpabilidade**. Certamente, no uso legítimo das armas, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever etc., o sujeito tem a plena capacidade de entender o ato que comete e a plena capacidade de querer o dito ato. Mas, se por universal consenso não é castigado, deve-se isso, através de um exame racional do instituto, mais que à norma objetiva penal permissiva negativa, à absoluta falta de ilicitude que o determina (ou o constrange) a realizar o ato, que, de outro modo, seria considerado delito.”

Seguindo o mesmo critério, OSCAR STEVENSON, *Da Exclusão de Crime* (S. Paulo, 1941), preleciona:

“Lícitas excepcionalmente quando reúnem os extremos subjetivos e objetivos do crime definido em um preceito, porém, são excluídas da incriminação por força de preceito negativo daquele. Não obstante subsista a materialidade do fato não se pode figurá-lo como delito, devido a determinadas circunstâncias contempladas no preceito ou norma contingente que restringe a generalidade dos casos.

Fica dispensada a obrigação contida no preceito geral, paralisando-se-lhe a eficácia. Dentro da regra — **id quod plerumque accidit** — o fato, justando-se ao esquema legal, assume o perfil de ilícito,

mas por exceção torna-se lícito. Em suma, na ilicitude excepcional o fato deixa de ser crime por não produzir o ilícito formal, dada a suspensão do respectivo preceito de fazer ou não fazer. Como exemplos típicos, os fatos que impedem o aparecimento do ente jurídico delito, praticados em estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.”

ALIPIO SILVEIRA dedica 14 páginas (274-287) de sua consagrada obra já citada, a um dos conceitos fundamentais do moderno *Direito Penal*, o da antijuridicidade objetiva, abordando especificamente a falsidade ideológica em registros de nascimento.

Acentua ser a culpabilidade o nexó pessoal por dolo ou culpa entre o ato e o autor.

“A tipicidade, além de ter função predominantemente descritiva relaciona-se com a antijuridicidade, por concretizá-la no âmbito penal; e tem, ademais, função indiciária da existência de antijuridicidade nos casos concretos.”

Significa a última proposição que, mesmo quando se trate de ação típica, pode sua suposta criminalidade ser excluída pelas circunstâncias, como ocorre no caso das eximentes e justificativas penais: legítima defesa, estado de necessidade etc.

Aponta então a questão que considera o divisor de águas das duas correntes de opinião sobre a antijuridicidade:

“Deverá essa exclusão limitar-se aos casos de eximentes e justificativas expressamente estabelecidas pela lei (antijuridicidade formal), ou poderá ser feita sempre que o sentimento do direito afetado pelas “normas de cultura ou um critério semelhante o exigir?”

Invocando a orientação de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, que reputa tais soluções como possíveis dentro de qualquer Código Penal, por mais exigente que se queira ser em relação ao princípio da legalidade, e que constantemente se tem manifestado contra o direito livre *contra legem*, faz ver que as normas jurídicas penais têm um “telos”, uma finalidade, que não é um elemento extrínseco à norma, mas é a atitude, o sentido que essa mesma norma assume. Vê nesse motivo o fato de a antijuridicidade ter um conteúdo concreto, devendo ser examinada sob a fisionomia que o fato material apresenta, necessidade essa que encontra sua melhor demonstração na vitoriosa irrupção de novas causas de justificação, ao lado das expressamente previstas pela lei.

“Uma nova causa de justificação poderá, até, não ser suspeitada pelo legislador no momento em que elaborou a norma, já que ela pode surgir depois que a norma foi emitida pelo legislador e

assumiu vida própria. De fato, o moderno hermenêuta investiga, não a vontade do legislador considerado como pessoa física, mas a vontade da lei, de caráter objetivo, e para cuja determinação concorrem os princípios jurídicos, aliados à interpretação sistemática e teleológica. Neste passo transluz a forma de HAURIUO, do predomínio do espírito sobre a letra, quando, pelo exame do espírito da lei, se revela que o ato, incriminável pela letra do Código, resulta lícito em face do espírito da norma. E, como se trata de uma aplicação do princípio de benignidade, não pode deixar de ser acolhida pelo juiz penal.”

Acentua deverem as exigências da justiça ter o predomínio sobre as considerações formalistas em matéria de antijuridicidade, a esse critério objetivo devendo o juiz penal recorrer para excluir, no caso concreto, delito, quando entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valoração ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste.

Localiza apoio legal a estas considerações no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil extensiva, aliás, à esfera do Direito Penal, ao estabelecer que, na aplicação da lei, terá o juiz em vista os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum. Os elementos fundamentais do bem comum, segundo SÃO TOMAZ DE AQUINO, são a idéia de justiça e a utilidade comum.

Reproduz os conceitos de SALGADO MARTINS (“Sistema de Direito Penal Brasileiro”, Rio, Konfino, vol. I, 1957, pág. 172), demonstrando como no exame de injuridicidade sobressai a importância da “valorização” judicial:

“Para se concluir pela ilicitude de um fato, não basta verificar se ele corresponde exatamente à descrição objetiva da lei penal. É necessário submetê-lo a um juízo de valor, verificando-se se ele é ou não conforme os fins perseguidos pelo direito, através da norma penal. O pleno sentido da norma penal se constitui em função de totalidade do sistema jurídico. O ilícito não é apenas o contrário à norma de caráter penal, mas o contrário ao direito, compreendido na plenitude dos princípios constantes do sistema jurídico vigente.

A valorização da injuridicidade se realiza do ponto de vista objetivo, tomando-se como referência o conjunto do direito positivo e os princípios morais que o informam. Apesar da descrição da lei penal, pode haver uma causa justa que afaste a injuridicidade, ainda que não prevista na lei, como causa justificativa.”

Refere o caso ocorrido na Espanha de uma jovem solteira que, desejando ardentemente uma criança, obteve uma enjeitada recém-nascida que registrou como própria. Processada e condenada, foi depois indultada pelo governo.

Sustenta JIMÉNEZ DE ASÚA que mesmo dentro da técnica penal, devia ser absolvida, pois, embora típico (isto é, descrito na lei penal), o fato não era antijurídico, pois estava de acordo com as "normas de cultura", como o evidenciava o fato de que todas as pessoas que assistiram ao julgamento faziam considerações favoráveis a esta mulher, dotada de sentimentos materiais pouco comuns e que, longe de haver cometido um ato delituoso, demonstrou, por sua conduta, a heroicidade de afrontar a crítica de ser mãe solteira e de cuidar e de educar com seu trabalho, uma criatura fadada ao abandono e à morte nos deficientíssimos orfanatos da Espanha de então.

"Como encaixa ASÚA essa solução nos termos da lei penal? Partindo do conceito presumido de delito. Este, por ser uma espécie de injustiça, supõe, como caráter essencial, a antijuridicidade material; assim, podem ser excluídas da criminalidade as situações que, destruindo o caráter antijurídico do ato, aniquilam a existência de crime no caso concreto. Isto será, em face do Código Penal, uma interpretação lógico-sistemática do seu artigo 1º (princípio da legalidade dos delitos e das penas), com resultado restritivo. Em outras palavras, o juiz, no caso concreto, reconhece a inexistência de antijuridicidade material, que é um dos elementos essenciais do delito, e assim nega que o ato em tela seja delito."

Adita a lição de J. VIGGIANO MARRA ("Es delito la alteración altruista del estado civil?" — *La Ley*, Buenos Aires, 3-12-1964), chegando à conclusão de que o direito argentino, interpretado com justiça e humanidade, conduz à não incriminação.

5. Providências a serem tomadas para legalizar a situação

Registrando como filhos legítimos crianças providas de outras pessoas, o ato estará a qualquer momento sujeito a um cancelamento, como inválido, para ser substituído pela filiação verdadeira.

Apesar das nobres intenções, ato simulado é contrário à lei, e, portanto, anulável.

Qual o melhor caminho para remediar o erro cometido?

Encarece FRANCESCO CARNELUTTI, em sua citada monografia (página 76), que, quando, não obstante os meios preventivos adotados pelo direito, a falsificação ocorreu, cumpre eliminá-la.

Levando em conta que o objeto do falso é uma prova, aponta os dois modos pelos quais possa ser alcançada a sua eliminação:

a) **Eliminação direta** que se alcança substituindo ao estado de fato decorrente da falsificação o estado de fato verdadeiro; e assim com a re-

constituição daquilo que foi suprimido, com a redução ao estado anterior daquilo que foi alterado ou com a destruição daquilo que foi contrafeito.

b) **Eliminação indireta** que opera, antes que no campo físico, no intelectual, de dois modos:

- 1 — mediante a declaração da falsidade da prova;
- 2 — mediante a criação de uma contraprova, isto é, de uma prova apta a paralisar a eficácia da prova falsa; também sob este reflexo a eliminação pode ser mais ou menos eficaz na conformidade da eficácia, da qual a contraprova seja adotada.

Mas ainda que se pretendesse vislumbrar, em ato tão generoso, uma figura delituosa, não há como deixar de reconhecer a ausência do elemento indispensável do dolo específico.

Refere ANTOLISEI que a maioria dos autores exclui o elemento dolo como subjetivo do delito em várias hipóteses, como na daquele que fabrica uma ordem de autoridade para enganar ou pregar uma peça em alguém, no dia primeiro de abril, ou na do indivíduo que imita, falsificando, a firma de outrem, para demonstrar a sua habilidade caligráfica.

Se em tais hipóteses era afastada a punibilidade, justamente pela falta do elemento subjetivo integrante do delito, como conciliar-se — pergunta o tratadista — tal ponto de vista com o princípio que proclama a existência do dolo com a simples consciência da falsidade?

A rigor, as providências a tomar seriam duas: a) retificação do registro de nascimento, em segredo de justiça, a fim de que fique constando que, na verdade, as crianças são filhas de pais desconhecidos; b) pedido de legitimação adotiva das mesmas.

Quanto à primeira, NOÉ AZEVEDO, no aludido parecer relativo a um **magistrado** que também, levado por sentimentos humanitários, registrou como filho legítimo um menor abandonado e pretendeu restaurar a situação real, considera que a hipótese não é de cancelamento, mas de retificação de registro, devendo-se nomear curador especial que represente o menor, além de oficial o Ministério Público.

Adaptada sua lição aos textos vigentes, soaria:

O art. 109 da Lei nº 6.015, de 31-12-1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, declara que quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

“As partes interessadas, aqui, são, evidentemente, o autor do registro não correspondente à verdade e o menor que, por ele,

teria adquirido a condição de filho. Assim, para que se apresentem perante o juiz as duas partes interessadas, torna-se indispensável a nomeação de curador especial ao menor. Quando há contradição entre os interesses do pai e do filho, deve ser nomeado curador especial a este, nos termos do art. 387 do Código Civil. Não deixando dúvida alguma a prova a ser produzida na justificação requerida administrativamente de que o menor não é filho do magistrado que como tal o declarou, e sim de outros pais ou de pais desconhecidos, far-se-á nesse sentido a retificação. Se, entretanto, surgisse alguma questão a respeito dessa filiação, deveria a mesma ser resolvida em processo contencioso, nos termos do art. 121" (art. 113 da atual Lei nº 6.015).

Embora lhe parecesse a princípio que o assunto poderia ser resolvido pela ação declaratória, de acordo com o art. 2º do Código de Processo Civil, chegou à conclusão, em face do que dispõe o regulamento do registro civil, que a retificação não contestada pode ser determinada administrativamente, remetendo-se, porém, para a via contenciosa, na hipótese de surgir contestação.

Atente-se a que, de acordo com o art. 109, § 4º, da Lei dos Registros Públicos, julgado procedente o pedido, o juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado ou retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

Finalmente, não se trata de questão de filiação legítima ou ilegítima, que o art. 113 determina sejam decididos em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

Na verdade, a tendência hoje em dia, seguida pelo Juizado de Menores da Capital de São Paulo, é, no próprio pedido de adoção ou de legitimação adotiva, deferir o cancelamento do registro falso, a fim de possibilitar o correto, com os dados certos, sem cogitar de qualquer punição a quem reconhece o erro e procura corrigi-lo. Lamenta-se apenas que, justamente em receio a medidas repressivas, centenas de situações semelhantes não sejam sanadas.

Caso satisfaçam os interessados as condições exigidas pela lei, poderão, através da legitimação adotiva, criar aquele vínculo de caráter irrevogável que objetivaram através do registro, garantindo, por essa forma, a sucessão, sendo improvável que venha sobrevir filho legítimo para privá-los em parte de sua legítima, podendo ainda virem a ser contemplados em testamento.

Tornarão definitiva a aquisição do seu patronímico em cuja família, mediante concordância dos pais dos legitimantes, se integrarão completa e definitivamente, estabelecendo, ou melhor, restabelecendo, reafirmando, confirmando, convalidando, aquela relação paterno-filial que já haviam cimentado através do decurso do tempo, e de um expediente que, se o direito

não aprova, não deixa de reconhecer como sendo praticado por um número muito grande de pessoas, que não cuidam de restabelecer a verdade, justamente por temerem as conseqüências de ordem penal.

Ficarão, outrossim, cabalmente preenchidas as altas finalidades objetivadas pelo legislador: integração definitiva das crianças num lar bem formado; eliminação de quaisquer perigos de sobressaltos ou percalços no que diz respeito a direitos hereditários; processamento em segredo de justiça, e, principalmente, cancelando o registro anterior, o que por si só liberta e isenta, como conseqüência lógica e natural da aprovação da lei, o casal de qualquer represália punitiva.

A simples análise da jurisprudência revela que não se pode mais imaginar, nos dias de hoje, um juiz ou tribunal aceitando a tese da condenação. Da evolução da legislação positiva, resulta mesmo, o reconhecimento de que, não havendo dolo, mas ao contrário, a expressão de um alto sentido espiritual e moral, o juiz está autorizado a não cominar pena alguma.

Como divisar antijuridicidade num gesto de tão luminoso desprendimento?

Em última análise, colabora com o poder público na realização silenciosa do postulado constitucional da assistência à infância.

Um computador eletrônico, diante dos textos do atual Código Penal, e jejuno das fichas da jurisprudência, possivelmente emitiria um cupão condenatório.

Mas o caso há de ser decidido por seres humanos, não por mecanismos insensíveis, por mais sofisticados que sejam.

E não haverá ser humano em cujo peito se abrigue aquela "morada da vida", no dizer de KRISHNAMURTI, que seja capaz de sentenciar com tanta frialdade.

Do contrário, não afirmaria RUI BARBOSA, com esplendor, que o coração "é o órgão da fé, o órgão da esperança, o órgão do ideal. Vê, por isso, com os olhos da alma o que não vêem os do corpo. Vê ao longe, vê na ausência, vê no universal, e até no infinito vê. Onde pára o cérebro de ver, outorgou-lhe o Senhor que ainda veja; e não se sabe até onde. "Até onde chegam as vibrações do sentimento, até onde se perdem os surtos da poesia".

Não existe caso para o qual melhor se aplique o mandamento constante do decálogo de EDUARDO COUTURE: defende o Direito. Mas se o Direito for contra a Justiça, defende a Justiça!

Uma sentença condenatória — não seria verdadeiro delito de lesa-humanidade?