

NOS PRÓXIMOS QUINZE ANOS O STJ REAPRECIARÁ TODO DIREITO COMUM

Walter Ceneviva

Associado Emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo

NOTAS INTRODUTÓRIAS — Nascido para ser a Corte do Direito Comum no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça comemora seus quinze anos em plena efervescência do debate sobre a nova normatividade do Direito Privado em nosso País. A aplicação efetiva do Código Civil de 2002 dependerá, da formação jurisprudencial a ser contida em seus arestos. A previsão de mais quinze anos para que essa orientação surja, é razoável, até que o STJ emita súmulas dela, fixando a posição majoritária.

A tarefa não é fácil, ante a previsão de possíveis emendas e a complexidade de algumas alterações introduzidas pelo Código Civil. Duas delas parecem destinadas a provocar muito debate: as geradas no âmbito do Direito empresarial, no qual se mesclam questões de Direito comercial e de Direito Civil e as surgidas nas matérias alusivas à família (acompanhando a Carta Magna), à filiação e às relações de parentesco. Neste ensaio, escrito com olhos para o futuro, tentarei resumir as teses doutrinárias, os precedentes e os fatos a serem enfrentados para o esclarecimento de suas alternativas jurisprudenciais. Em termos dos interesses envolvidos em matéria familiar, de intenso conteúdo emocional e comunitário, as decisões do STJ conformarão o direito às realidades jurídicas e sociais nos três primeiros lustros do terceiro milênio.

Para metodizar o desenvolvimento das idéias, dividi este trabalho em duas partes antes da conclusão. A primeira é subdividida por dois temas, o da filiação, fundamental para a família e o dos efeitos da reprodução assistida. Na segunda virão as relações de parentesco, desde o espaço interno da família, quanto à filiação e o reconhecimento de filhos.

É bastante óbvio que a avaliação aqui feita parte do texto hoje vigente, embora sejam previsíveis eventuais alterações de aprimoramento ou de mudança das disposições originais e nas leis especiais nelas referidas. Mesmo assim, parece útil a decomposição dos elementos disponíveis, na área familiar,

menos pela sabedoria das anotações aqui feitas e mais pela importância que o novo Código terá no Direito de Família e em sua interpretação jurisprudencial.

Os filhos — Na definição clássica é humano o ser nascido de mulher. *Filho* ou *filha*, nessa conotação, indica aquele ou aquela que descende de seus pais. As designações oriundas das antigas normas do Direito português, que sobreviveram entre nós até a segunda metade do século XX, caminham para sua definitiva superação, em virtude da proibição de distinções entre filhos, desde 1988. O STJ enfrentou o assunto, na órbita das leis civis, nos primeiros quinze anos de vida. Sem interferir na competência constitucional do Supremo Tribunal, emitirá decisões com forte incidência sobre o Direito aplicado em nosso País, em particular pelos efeitos, dos novos métodos reprodutivos gerados pelo avanço científico, ainda em desenvolvimento. Deixou de ser importante que os filhos sejam havidos ou não da relação física entre os cônjuges (Código Civil, art. 1.596) ou que os pais registrados como tal os tenham gerado. Prenunciam a possibilidade — talvez nos próximos quinze anos — de filhos não nascidos do ventre feminino, em alternativa que não será aqui avaliada, ante a aparente distância científica em que hoje nos achamos dessa possibilidade.

O Código Civil de 2002 refere, genericamente, filhos havidos na relação matrimonial, mas sem expressar adequadamente a amplitude da filiação, que pode transcender do relacionamento entre marido e mulher, servindo de exemplo os *filhos adotivos*. A jurisprudência vem corrigindo o defeito. Nenhum tipo ou espécie de filiação pode ser indicado com adjetivação que limite a aplicação do substantivo *filho*, ante a garantia assegurada a todos dos mesmos direitos e qualificações. A exegese final do art. 227 também dependerá da Suprema Corte, mas o temário do direito comum, suscitado pelo Código, propiciará amplitude ao debate sobre a filiação, ainda que inspirado pelas superadas designações tradicionais.

A norma codificada, de origem constitucional, espelha o sentimento médio da sociedade, no sentido de descaber a punição da criança por eventuais erros ou crimes de seus pais, o que só beneficia o maior nos primeiros quatro anos da maioridade. A proibição do registro de nascimento ou a submissão do assentamento à condição de neles ser indicada a origem legítima ou espúria do recém-nascido não é compatível com a preservação da criança. Passou por transformações iniciadas no meio do século XX, que o STJ encon-

trou, em 1988. O registro feito pelo pai com os elementos que o compõem, ou por ambos os pais, é direito deles e dos filhos. É absolutamente proibida a pretensão de excluir do assentamento civil, o registro de qualquer ser humano nascido com vida com os dados familiares que lhe correspondam, conforme resulta de posições que o STF tem adotado.

Muito embora a Constituição Federal tenha admitido a união estável como forma criadora de entidade familiar, o STJ tem acolhido a presunção legal da concepção, pelo casal, dos filhos nascidos *na constância do casamento*, considerando prova do matrimônio para permitir a qualquer dos cônjuges o registro civil do nascimento, nos termos e prazos do art. 1.597. Nesse caso é equiparada à constância da união estável, mas o registro deve ser feito pelos dois companheiros. O vocábulo *constância* é entendido em seu significado substancial, ou seja, o da vida comum, no cumprimento das obrigações recíprocas do casal. A presunção legal do art. 1.597, não é confundível com presunções de fato, alusivas a ilações sobre eventos tidos por verdadeiros ou existentes. Trata-se de matéria de prova que dificilmente chegará ao STJ nos próximos lustros, salvo para caracterizar os elementos essenciais dos quais se compoem, para serem aplicados à união estável.

Voltando ao art. 1.597, tem-se que se reporta à *concepção*, ou seja ao momento em que o embrião se forma, pela fecundação do óvulo feminino pelo espermatozóide masculino, no útero da mulher. Dá origem ao que poderá vir a ser a criança, no nascimento com vida. A solução milenar, dos costumes e das leis, com a forma concepcional física do casal, desde os tempos do Direito grego e, depois romano, não subsiste integralmente. Grande novidade no Código de 2002 — à qual se retornará mais à frente — foi acolher o uso das técnicas de reprodução assistida. Talvez seja o segmento sociojurídico no qual a consolidação do Direito aplicado terá maior interferência do Superior Tribunal de Justiça.

O ordenamento continua protegendo o nascituro, isto é, o concebido, cujos direitos dependem do nascimento com vida. O nascituro não é, porém, o mesmo do Código Civil de 1916, nem o dos séculos anteriores, pela aplicação de técnicas laboratoriais, que formam o chamado embrião de proveta. Em termos doutrinários e religiosos tem sido intenso o debate sobre o destino do embrião não aproveitado.

Recordemos que, na história do Direito, a concepção legítima, referendada em lei, foi a que resultou do matrimônio. No Direito romano, a frase **pater est quem nuptiae demonstrat** sintetiza o pensamento tradicional.

A relação sexual ou coabitação sempre foi o fator inicial da concepção. Nessa circunstância a coabitação pode gerar filhos, enquanto ato físico próprio da relação que pode ser classificada como *legítima* (livremente aceita entre adultos), *ilegítima* (tipifica conduta criminosa ou incompatível com os impedimentos matrimoniais) ou *imprópria* (situações que não recomendam o casamento). O filho concebido e nascido em qualquer dessas alternativas não pode ser adjetivado, referido ou definido de maneira discriminatória. No estupro e no adultério, por exemplo, o agente comete crime. Se resultar filho, a delinqüência unilateral ou bilateral, que lhe deu origem, se submete à mesma proibição, observadas, porém, restrições a serem discutidas na segunda parte, quando se cuidar do reconhecimento da paternidade.

A reprodução assistida desconstituiu duas verdades tradicionais quando heteróloga: a demonstração de núpcias anteriores não afirma a paternidade ou a maternidade biológica, mas o registro civil de nascimento feito a confirma definitivamente. Na reprodução natural é impossível, no estado da ciência, no início do século XXI, determinar o momento preciso da concepção, em que o novo ser é gerado, pois não se consegue saber o instante exato em que acontece o encontro do espermatozóide e do óvulo. Para sanar a dificuldade intransponível a lei cria parâmetros temporais para afirmar a paternidade, como se vê da leitura do art. 1.597.

O critério legal tem conteúdo aleatório, na relação sexual plena e na gravidez resultante de contato meramente vestibular, no período de fertilidade da mulher. Os períodos de fertilidade são variáveis e a duração da gravidez tem períodos anormais, assim reconhecidos pela ciência médica, que terminou indicação secundária passando a referência principal o peso e o desenvolvimento da criança. **Odon Ramos Maranhão**, em seu “Curso de Medicina Legal” (Malheiros Editores, p. 162) refere estudos de oito autores, cujas indicações de duração média da gravidez vão de 262 a 277 dias ainda indicando um limite máximo de 294 por outros pesquisadores. **Almeida Junior** em suas “Lições de Medicina Legal” refere caso de gravidez de 340 dias. (Companhia Editora Nacional, p. 301).

A linguagem legal — *na constância do casamento* — contribui para a dificuldade, a ser resolvida por pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, pois nem mesmo nos tribunais estaduais se encontra suporte necessário para encaminhamento definitivo de solução na exegese sistemática com o final do inciso I. Isso porque o Código Civil de 2002 alterou o texto de 1916, para estabelecer a contagem de prazo para *depois de estabelecida a*

convivência conjugal. O Código revogado mencionava no art. 338 a presunção de concepção dos filhos *na constância do casamento*. Trata-se apenas de presunção, aceitável prova em contrário e assim mesmo limitada à existência de casamento legal, o início da gravidez continua dado aleatório. Não se ignore a transformação dos costumes e a liberdade sexual da mulher, permitindo-lhe o relacionamento sexual antes do casamento e com mais de um parceiro.

A incerteza (apenas e tão-somente quanto a esse aspecto específico) deixa de existir na reprodução assistida, pois a transferência para o útero da mulher é feita depois de o embrião estar formado. Embora o casal participe diretamente, nos casos mais comuns, do fornecimento do óvulo e do espermatozóide, a operação científica nem depende de seus componentes, nem tem o acompanhamento direto deles. As dúvidas prováveis no curso dos processos vindouros, sobre se o embrião utilizado foi efetivamente daquele casal, movimentarão o STJ.

É evidente, até pelas conseqüências indenizatórias decorrentes, que os fatos relativos ao uso das novas técnicas devem ser expressamente formalizados, mediante autorizações dadas à clínica ou instituto no qual foram adotadas, ou pelo registro civil, quando feito pelo pai da criança, quer tenham sido seus os espermatozoides utilizados, quer não o tenham, desde que com sua ciência e permissão. Todos os meios lícitos de prova continuarão a ser admitidos, daqui para o futuro próximo.

O Superior Tribunal de Justiça irá fixar, em sua jurisprudência, soluções para as dificuldades apontadas. O Código Civil de 2002 mesclou critérios tradicionais quanto aos prazos de concepção (constância de casamento e convivência), para os quais a ciência médica ainda não havia encontrado melhor solução antes da sua vigência em janeiro de 2003. Deixou para apuração, caso a caso, na união estável, em que a declaração de um dos companheiros é insuficiente para o registro.

Há presunção de concepção na constância do casamento dos filhos nascido nos prazos seguintes:

- a) cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- b) nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

É curioso anotar que a aplicação desses prazos, nos anos vindouros, pode passar pela avaliação jurídica que lhe dará o STJ (em alguns casos submetida, ainda à ponderação constitucional do STF), mas também pelos novos dados produzidos pela evolução científica, com subsídios que o progresso sugere para os próximos anos.

A data em que celebrado o casamento determinava, na lei anterior, a presunção de que nela se iniciara a vida comum, tomado o verbo *conviver* no sentido de *coabitar*, isto é, de viver juntos, em família, mantendo voluntariamente relações sexuais, tanto que a recusa destas, por qualquer dos cônjuges dava causa à anulação. Com os novos costumes, a convivência, nesse sentido, tem freqüentemente sido aceita antes do casamento celebrado, de modo que a presunção quanto ao mínimo previsto no inciso I (cento e oitenta dias) passou a mero indicativo para avaliação, pelo intérprete, no caso concreto examinado.

A contagem de trezentos dias subseqüentes à data da dissolução da sociedade conjugal feita dia por dia, da concepção ao parto, com vida, também se inspirava no critério científico, adotado desde o século XIX, de ser esse o prazo máximo em que a verificação da identidade do nascido seria definida. Todavia, se do ponto de vista legal a manutenção da antiga redação do dispositivo é aceitável, na prática judicial (salvo no caso de morte conhecida) os prazos indicados são contrários à realidade. Assim é porque a separação judicial consensual ou litigiosa, a nulidade ou a anulação do casamento, quando contenciosas, somente chegam a transitar em julgado, salvo exceções a admitir, quando decorridos mais de trezentos dias de seu início.

O prazo pode e deve ser medido a partir da separação de corpos, quer requerida em juízo, quer comprovada por outros meios lícitos de prova, anteriores ou posteriores ao nascimento, seguindo nessa parte, o espírito orientador da Lei do Divórcio. Se o nascimento ocorreu durante matrimônio não dissolvido pelo trânsito em julgado da respectiva decisão ou sem separação de corpos homologada em juízo, o registro deve ser feito em nome do casal, não o podendo ser de outra forma, salvo se impugnado pelo marido, afirmando a não-coabitação. A excludente da paternidade tem confirmação pelos meios científicos disponíveis.

Para definir limites da presunção admitida pelo art. 1.598, a orientação do STJ deverá ser acompanhada com atenção pelos trabalhadores do Direito. Quando o Código aponta a *constância do casamento* refere, além da realida-

de formal (período no qual o matrimônio entre o homem e a mulher continuava lançado no registro público), a realidade substancial da coabitação. Por isso a proteção dos filhos fez incluir, no Código de 1916, o art. 367, que o texto atual repete, no art. 1.617, para confirmar a filiação, seja materna, seja paterna, resultante de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo, ainda que quando um ou ambos os cônjuges o tenha contraído de má-fé.

Reprodução assistida — A partir daqui e dando atenção específica à reprodução laboratorial, este ensaio toma rumo diferente, pois dada a novidade da lei, serão decompostas as alternativas sobre as quais se estenderá ao STJ, competência para definir as conseqüências jurídicas de cada uma delas.

A cautela se explica, muito embora as técnicas de reprodução assistida tenham encontrado suas formas mais avançadas na segunda metade do século XX (o primeiro *bebê de proveta* é de 1978, de menina nascida por reprodução **in vitro**). A história da ciência relata experiências de introdução do espermatozóide no útero da mulher entre 1905 e 1910 (**Kipp**, “Tratado”, Direito de Família, p. 5, nota 11, refere experiência de 1909). O médico **Roger Abdelmassih**, especialista na área da reprodução assistida, situou em ensaio a respeito, entre 1980 e 1990 “os dez anos responsáveis pelas grandes conquistas científicas da reprodução humana. Após o advento da fertilização **in vitro** (FIV) e do primeiro bebê de proveta, iniciou-se o processo de resolução dos problemas da infertilidade de muitos casais...” (Revista de Cultura do Imae — Instituto Metropolitano de Altos Estudos, ano 4, n. 10, p. 76).

Apesar dos progressos anotados, as experiências continuam e o Direito trafegará em vias paralelas com as novas conquistas médicas na área de reprodução, reduzindo o significado da filiação biológica, em sua feição tradicional.

Os três incisos finais do art. 1.597 do Código Civil cuidam da reprodução assistida. O legislador, contudo, ainda se sentiu em dificuldade para situar o objeto de sua regulamentação, chamando-a de fecundação (inciso III), concepção (inciso IV) e inseminação (inciso V), seguidos tais vocábulos pelo adjetivo *artificial*, a ser lido com cautela, pois só a formação do embrião requer técnicas laboratoriais. Todo o restante do procedimento é natural. A regra clássica de exegese, segundo a qual a lei não contém expressões inúteis ou desnecessárias, deve ser sacrificada, nesse caso: a pluralidade dos modos

de dizer, no Código, é estilístico. Pode dar-se, em casos concretos, de surgirem muitos debates a respeito, quando subirem recursos especiais, ante a novidade da matéria.

O sujeito passivo da ação expressa pelos verbos *fecundar* e *inseminar*, relativos aos substantivos mencionados, é a mulher. Só ela é fecundável ou inseminável. Ela é o sujeito ativo expresso pelo predicado conceber, quando o embrião acolhido inicia vida intra-uterina. Só ela concebe. As palavras referidas correspondem, nos primeiros verbos, à ação de, mediante transferência do embrião formado em laboratório, torná-la capaz de o gestar e de dar feto à luz. No outro caso a versão jurídica da artificialidade não é compatível com a realidade científica, pois o ato de conceber se desenvolve por inteiro no corpo da mulher (o óvulo é fecundado pelo espermatozóide). Na reprodução dita artificial o embrião é produzido fora do organismo feminino, mas **in vitro**, para ser transferido para a cavidade uterina, quando firmes os sinais de sua formação.

A concepção do futuro novo ser é, na nova estrutura legal:

a) *natural* — assim denominada por compreender o desenvolvimento dos processos da natureza reprodutiva dos seres humanos; não se confunde com a coabitação, pois esta não se destina necessariamente à reprodução;

b) *técnica* — é também denominada artificial ou assistida, compreendendo as subespécies seguintes, cuja formação depende do acordo dos esposos ou companheiros (na união estável) e das demais partes interessadas:

b.1) é *gerador* o cônjuge ou o companheiro e *gestadora* respectivamente sua esposa ou companheira (reprodução assistida homóloga);

b.2) é *gerador* o cônjuge ou o companheiro para fecundar óvulo de *fornecedora* estranha, não identificada e *gestadora* respectivamente a esposa ou companheira (reprodução assistida heteróloga);

b.3) é *fornecedor* estranho não identificado, para fecundar óvulo da *fornecedora gestadora* respectivamente esposa ou companheira;

b.4) é *fornecedor* estranho não identificado para fecundar óvulo de *geradora* não identificada, para transferência à *gestadora*, respectivamente esposa ou companheira;

c) são *geradores* o cônjuge ou o companheiro e respectivamente suas esposas ou companheiras, sendo *gestadora receptora depositária* mulher diversa, identificada com embrião formado por espermatozóides e óvulos dos geradores.

Nada obstante a diversidade de expressões utilizadas e a tradição hermenêutica, no caso de que se trata, não há como excluir a possibilidade de que os três incisos do artigo em exame se refiram a fenômeno fisiológico uniforme. Dizem a mesma coisa, quanto ao tipo de reprodução.

Além dos elementos subjetivos mencionados, há outros, objetivos, nos quais se detecta com maior clareza a reprodução assistida, nas duas espécies reconhecidas pelo Código Civil.

Diz-se *homóloga* quando praticada entre conviventes. A fecundação do óvulo da esposa ou companheira é feito pelo espermatozóide de seu marido ou companheiro.

É *heteróloga* em quatro alternativas:

a) os espermatozóides são do marido ou companheiro, mas o óvulo não é da esposa ou companheira;

b) os espermatozóides não são do marido ou companheiro, mas o óvulo é da esposa ou companheira;

c) os espermatozóides e o óvulo não são de qualquer dos dois componentes do casal de cônjuges ou companheiros; e finalmente,

d) nas mesmas alternativas de *a* a *c*, retro, o embrião é transferido para o útero de mulher, que não é a esposa ou companheira.

Na alternativa **d** a expressão *heteróloga* só se explica pela intervenção de mulher estranha, mas o filho pode ser originário de embrião formado com material dos esposos ou companheiros, ou seja, para manter a técnica do Código, de origem homóloga.

Já se vê do inciso III do art. 1.597 presumir-se na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o marido. Uma primeira reserva há de ser feita e esclarecida pois certamente surgirá quando o STJ vier a interpretar a regra: falecido o marido, o casamento já não subsiste, o que entra em confronto com o **caput** do artigo. Para que o dispositivo mencionado produza efeito, compatível com o sentido geral do artigo, é razoável entender-se que a fecundação ocorreu com sêmen do esposo ou companheiro, durante a vida dele, mas veio a falecer depois.

Para casal unido pelo matrimônio legal, o registro civil após o falecimento do varão não oferece dificuldade: será feito pela mãe ou por terceiro, na ordem prevista pela Lei de Registros Públicos (art. 51), com apoio na certidão de casamento. Em se tratando de união estável, morto o companheiro, será necessário comprovar a natureza homóloga da geração do embrião, com o sêmen do pré-morto, não substituível pela declaração da mulher. A declaração do falecido, por instrumento público, deve ser tida por boa, como manifestação de sua vontade, sem ser necessário comprovar que o embrião foi formado com sêmen do companheiro, salvo se houver dúvida ponderável quanto a ser dele a procedência do sêmen, e a união era insubsistente ao tempo da morte.

A redação dada ao inciso IV também não se compatibiliza, com o **ca-put**, na expressão *havidos a qualquer tempo*, cuja extensão compreende qualquer período anterior ou posterior à convivência. A especial distinção da alternativa está em *embriões excedentários*. Este vocábulo não vem referido nos dicionários. Trata-se de neologismo, por extensão de excedente, ou seja, o que sobra, o que excede o número útil. A indicação é compatível com os métodos hoje praticados de reprodução assistida, pois o número de embriões criados (ou pelo menos criáveis) pode eventualmente ultrapassar o limite permitido para a transferência, dependendo do número de tentativas. Bem-sucedida, por exemplo, a primeira, os demais embriões formados são excedentes ou excedentários na qualificação do inciso IV. Os filhos *havidos a qualquer tempo* com tais embriões só podem ser utilizados pelo próprio casal do qual se originaram, tanto pela falha das tentativas anteriores, quanto pelo sucesso dela, se mantidos de maneira cientificamente segura, sem risco de defeitos conseqüentes da má conservação. Os julgados do STJ devem demorar para chegar à conclusão uniforme, pois a tarefa interpretativa não será fácil.

A quinta e última alternativa prevista pelo art. 1.597 refere-se à presunção de concepção durante o casamento (inciso V) quanto havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Pareceria resultar da redação dada que a heterologia da inseminação seria apenas referente ao marido. Não é assim. Como incumbe ao pai o primeiro reconhecimento do filho para o registro civil, a anuência para essa prática é do marido ou companheiro, pois a mãe infértil, desde que aceite a fecundação do óvulo de outra mulher, com sêmen que não seja de seu marido ou companheiro para implantação em seu útero, também aceita as condições heterólogas de que se cuida.

A anuência do marido há de ser expressa, pois o direito e seu exercício regular, em face das condições científicas existentes, será sempre incompatível com a eventual recusa posterior do homem em retirar a afirmação de sua concordância. O registro feito nas condições aqui enunciadas é irrevogável e irreatável.

As alternativas do art. 1.598, mais presunções do art. 1.597 podem resultar no acolhimento da prova em contrário, pelos meios permitidos em direito, se a mulher, cujo casamento se desfez, casar-se novamente antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523. Se lhe sobrevier filho no curso deste consórcio, a criança se presumirá do primeiro marido, se o parto ocorrer dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento e, do segundo marido, se exaurido o período e ultrapassado o tempo a que se refere o inciso I do art. 1.597, mesmo em caso de anulação ou nulidade do matrimônio precedente. Situada a questão no campo estrito de prova, encontrará decisão própria fora do âmbito do recurso especial, salvo em circunstâncias particulares, que transcendam do substrato probante, mas se refiram à legitimidade da própria evidência apresentada.

Os característicos indicados no Código (presunção de ser o filho concebido na constância do casamento) têm força relativa, tanto que a mesma codificação permite, na órbita da prova, ilidir a presumida paternidade. Está no caso do art. 1.599, a impotência do marido para gerar, à época da concepção, indiferente, para tal efeito, se retomada posterior da capacidade geradora.

Em sentido contrário, a mulher confessadamente adúltera não supera a força da presunção legal da paternidade, em face de seu marido, dependendo de outras provas para determinar a filiação (art. 1.600). A legislação é sábia, nesse passo, pois tanto do ponto de vista científico, quanto jurídico, o adultério feminino não exclui a paternidade do cônjuge. Diante das presunções estabelecidas, limita-se ao marido a legitimidade e o interesse processual para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível (art. 1.601). Para ser claro: a imprescritibilidade favorece o marido enquanto tal. Não beneficia o ex-marido. Assestada a pretensão de exclusão da paternidade, pelo marido, a prova deve ser cabal, independente da confissão da mulher (art. 1.602).

O STJ tem entendido, quanto ao primeiro motivo, que a filiação biológica deve preponderar sobre outro critério. Para o menor, requerente da investigatória, a solução parece inatacável, mesmo em face de eventual imo-

ralidade de quem tenha o poder familiar sobre ele. O maior, não reconhecido, cujo registro apenas refira o nome da mãe, também tem legitimidade para pedir inclusão do nome de seu pai, independente das condições econômicas do réu. Todavia, essa alternativa, quando bem evidenciado que o fim do pedido é econômico-financeiro, mostrando-se imoral, desmerece o abono do Direito e da jurisprudência. É ponto no qual, como estudioso do Direito e como advogado, tenho manifestações contra o deferimento.

A exegese do art. 27 do ECA assim se desdobra:

a) a expressão *estado de filiação* se refere apenas ao filho menor, titular de pretensão moralmente isenta, não registrado em nome de pai;

b) a pretensão tem a natureza personalíssima, não extensível nem mesmo aos netos e aos espólios. Opinam a respeito os seguintes doutrinadores: **Antonio Chaves** (“Comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, Editora LTr, São Paulo, 1994, p. 142); **Washington de Barros Monteiro** (artigo encartado em “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, de vários autores, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 104); **Jurandir Norberto Marcuro, Munir Cury e Paulo Afonso Garrido de Paula** (“Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 24); **José Luiz Mônaco da Silva** (“Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pp. 44/45) e **Maria Helena Diniz** (“Dicionário Jurídico”, volume 2, verbetes “estado de filiação” e “estado de filho”, Saraiva, São Paulo, 1998).

c) o princípio da legalidade (Constituição, art. 5º, II), limita a aplicação do ECA à proteção da criança e do adolescente (art. 1º), nas faixas etárias previstas pelo art. 2º, com os direitos previstos para eles nos arts. 2º a 5º. A interpretação do ECA, conforme decorre de seu art. 6º, diz respeito a fins sociais determinados (a proteção da criança e do adolescente) e à condição peculiar de seus destinatários “como pessoas em desenvolvimento” (parte final do art. 6º). Assim, é de prever que a orientação jurisprudencial termine apontando nesse sentido, conforme já se orientou o Supremo Tribunal Federal.

O texto de 1916 afirmava a titularidade privativa do marido para o exercício desse direito, que subsiste, salvo para a alternativa do parágrafo único do art. 345. Eliminado o advérbio *privativamente*, em 2002, no qual essa restrição se expressava, não se sacrificou a titularidade do esposo. Conforme

dispunha o art. 345 de 1916 (embora com outra redação), o parágrafo único do art. 1.601 dispôs no sentido de que contestada a filiação, os herdeiros do impugnante, podem, querendo, prosseguir na ação. São dois requisitos: a alegação do marido, de não ser pai, na ação por ele proposta, transmite a legitimação para seus herdeiros.

Embora evidente, é apropriado recordar que, no art. 1.601 o verbo *contestar* é usado em sentido material, de recusa ao reconhecimento e não processual, de resposta a afirmação feita pela outra parte.

O Código de 2002 reconheceu duas alternativas básicas para as questões relativas ao registro. Na primeira tratou do registro feito por uma das pessoas às quais a lei atribui tal missão. Na segunda regulou os efeitos legais da não-realização ou de defeito dela. Para a alternativa inicial manteve (art. 1.603) a eficácia do lançamento do nascimento nos livros do registro civil de pessoas naturais, como elemento cabal de prova da filiação, restaurando em parte a norma que esteve em vigor até 1992, do Código Civil de 1916. Reafirma, portanto, a força da relação socioafetiva que tem, ao longo do tempo, produzido registros do que se convencionou chamar de “adoção à brasileira”. Quando formalizada ao tempo em que a intervenção judicial não era obrigatória, sua validade se reforça por ser o meio pelo qual pessoas têm registrado como seus, movidos por intuito nobre, filhos que não o são, dando-lhes amparo, alimento, educação, carinho. Situou-se no mesmo rumo da orientação adotada, quando a lei permitiu que o juiz dispensasse a aplicação da pena pela falsidade do registro, se evidente a intenção nobre de quem declarou o nascimento. O termo de nascimento assentado não tem força absoluta, em vida do assim adotado, mas só este pode mover a ação destinada invalidar a prova resultante do assento. Nesse caso, a paternidade afetiva deve sobrepor-se à biológica.

Para vindicar estado contrário ao que resulta do registro é necessário provar erro ou falsidade do registro (art. 1.604), limitando a duas alternativas o defeito anulatório, sendo a primeira o erro do declarante ou do delegado registrário civil e a segunda por falsidade consistente na atribuição de paternidade e/ou maternidade a quem não tenha tal condição. É a mesma regra incluída no art. 348 precedente, cujo cumprimento depende sempre da prova do defeito.

Sendo declarante o pai, a vontade dele se confirma, sem erro. Sua intenção corresponde ao declarado. Quando feito o registro por motivo nobre,

conforme reconhecido pelo art. 242 do Código Penal, em sua redação de 1981, a falsidade deixa de integrar o tipo, permitindo a não-aplicação da pena.

Faltante ou defeituoso o termo de nascimento (art. 1.605) fica aberta a possibilidade de se provar a filiação por qualquer modo admissível em direito, sendo exigível um começo de prova por escrito, se houver, repetido, deste modo, o texto do art. 349, de 1916.

Iniciada prova da filiação pelo filho, se este morrer menor ou incapaz, o direito passa aos seus herdeiros, os quais poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. É a alternativa única e exclusiva em que a natureza personalíssima da ação permite o ingresso de terceiros.

Embora a clonagem não tenha sido cientificamente possível para o ser humano quando estas palavras são escritas, pensa-se na possibilidade da criação de clones humanos ou partes de corpos humanos, para fins médicos, assim como para dar origem a seres clonados. O admitir a possibilidade chegará ao conjunto dos efeitos que pode produzir. Contudo, ainda não é caso de antecipar em que interferirá nas relações entre pais e filhos, ante a presente inviabilidade de sucesso do procedimento.

A paternidade — A segunda parte desta tentativa de situar problemas da formação jurisprudencial oriunda do Superior Tribunal de Justiça nos anos próximos, é dedicada às questões da paternidade, reconhecida pelo marido, companheiro ou por quem seja apontado como responsável pela gravidez da mulher. O reconhecimento do marido decorre do casamento, mas em todas as alternativas integra a proteção legal dos filhos, ante os efeitos produzidos pelo registro civil, válidos para os fins da individuação do ser humano, caracterização com sua família.

A palavra *reconhecimento* aparece muitas vezes na lei brasileira, mas sempre na acepção de admitir que um certo fato, juridicamente relevante, é existente ou afirmado de modo correto. *Reconhecer o filho*, em sentido amplo, corresponde à afirmativa de ser seu, oriundo ou não do casamento. Todavia, na lei brasileira o ato mencionado vem aceito quanto ao filho havido fora do casamento (art. 1.607), referido na codificação anterior como ilegítimo. Embora possam o pai e a mãe reconhecê-lo, em conjunto ou separadamente, em regra, resulta de manifestação do pai ou de imposição sobre ela por sentença judicial.

Repetindo a orientação adotada no Código de 1916, a contar do art. 355, o de 2002 dedicou um capítulo a esse ato, entre os arts. 1.607 e 1.617. O legislador não foi atento à redação de tais dispositivos, porquanto mesmo observando a acolhida da união estável, pela Constituição, manteve a redação antiga, que aludia apenas aos nascidos *fora do casamento*. Muito embora os filhos advindos de união estável sejam, tecnicamente, *fora do casamento*, a interpretação inelutável desta expressão no STJ, não exclui o registro de filho havido pela entidade familiar composta pelo homem e pela mulher, com caráter permanente, não transformada no matrimônio legal e, por esse modo, reconhecido, em sentido amplo.

O reconhecimento da filiação cresceu de importância, enquanto declaração do pai ou de ambos os pais, depois que a lei incorporou aos seus ditames a reprodução assistida e após o retorno, com o Código de 2002, da predominância do registro civil como fundamento da individuação da pessoa humana, no direito brasileiro. O vocábulo *reconhecimento* tem, pois, o significado de admitir como certo que o filho, antes ou depois do casamento, é de um dos componentes do casal ou de ambos, assim sendo afirmado por eles, conjunta ou separadamente (art. 1.607).

Neste ensaio, no qual se pretende acentuar a missão do Superior Tribunal de Justiça no rediscutir o direito comum em nosso País, parece imprescindível, socorrer-nos da exegese histórica, por mais paradoxal que isso pareça, ao menos com o resumo do que sucedeu durante o século XX. São dois os períodos a serem considerados: o do regime constitucional hoje vigente e o desenvolvido pelas leis esparsas modificadoras do Código de 1916. Antes da Constituição de 1988, a lei impunha que, em alguns casos, o registro civil de nascimento anotasse certas diferenças na qualificação dos filhos, tendo-os por *legítimos* ou *ilegítimos*, conforme fossem casados ou não os pais. Eram também distinguidos em *naturais*, também chamados, na linguagem jurídica, *bastardos* ou *espúrios*, conforme nascidos de pai e mãe *sem* impedimento para se casarem ou *com* impedimento, segundo a lei vigente quando da concepção. Quando o impedimento decorresse do casamento de um dos pais ou de ambos, eram *adulterinos*. Se conseqüente de parentesco entre os pais, consangüíneo ou afim, tinham a denominação de *incestuosos*.

O registro dos filhos espúrios sempre foi proibido, no antigo direito brasileiro, não sendo sua existência lançada nos livros paroquiais ou oficiais, vedado seu reconhecimento, mesmo depois da laicização do Direito de Famí-

lia, com a Constituição da República em 1891. A contar de 1949, quando editada a Lei n. 883, ampliando o âmbito do Decreto-Lei n. 3.200/1941, o filho adulterino passou a ter seu reconhecimento admitido, desde que dissolvida a sociedade conjugal (pelo então chamado *desquite*), também afirmada a legitimação ativa do filho para que lhe fosse declarada a filiação.

O Decreto n. 4.857, de 1939 (Regulamento dos Registros Públicos, expedido durante o Estado Novo, com força de lei) estabeleceu que, como regra, o filho ilegítimo, na designação aceita ao tempo, não seria reconhecido, salvo se o pai o autorizasse expressamente e, comparecendo por si ou por procurador bastante, assinasse o respectivo assento, diante de duas testemunhas. Com isso os incestuosos e os adulterinos continuaram com registro proibido.

Em 1941, o Decreto-Lei n. 3.200, adotando a denominação de *filhos naturais*, permitiu assento sem indicar a circunstância de serem legítimos ou não, salvo requerimento do interessado. Representou variável sobre o art. 337 do Código de 1916, (só reconhecia legítimos os filhos concebidos no matrimônio), mesmo levada em conta a ressalva do art. 38 do decreto-lei mencionado, pelo qual a referência relativa a filhos era só abrangente de legítimos, legitimados, naturais reconhecidos e adotivos.

A Lei n. 883/1949 ampliou a permissão quando, dissolvida a sociedade conjugal, por qualquer das alternativas previstas no Código, para permitir ao pai o reconhecimento do filho havido fora do casamento e assegurar legitimidade e interesse ao filho, para obter, em juízo, o reconhecimento da filiação. Essa lei assinala marco importante na trilha das mutações do Direito, com efeitos na jurisprudência, afastando o rigorismo clássico.

Já se observava então uma tendência de ampliar a inclusão da família, mesmo não formalizada pelo matrimônio, em certos benefícios da relação trabalhista ou previdenciária. Onze anos mais tarde a Lei n. 3.807/1960, ao dispor sobre a previdência social incluiu, como beneficiados, no art. 11, os dependentes do segurado, conforme veio a ser confirmado, já em 1976, pela Consolidação das Leis da Previdência Social, situando nessa categoria (inciso I) “a companheira mantida há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de dezoito anos ou inválidos, as filhas solteiras de qualquer condição, menores de vinte e um anos ou inválidas”. O art. 15 da Consolidação completava o entendimento, ao determinar que a dependência econômica dessas pessoas era presumida, com o acréscimo no art. 14, de ser lícita a

designação da companheira que vivesse com o segurado sob sua dependência econômica, mesmo não exclusiva, salvo se houvesse expressa manifestação do segurado em contrário.

No tempo da Lei n. 3.807/1960 à Consolidação, pelo menos duas leis extraordinárias apontaram no mesmo rumo. A de n. 4.494/1964 (Lei do Inquilinato), equiparou à situação do cônjuge sobrevivente as pessoas que, em família não oriunda do casamento, residissem no imóvel e, no despejo, o favorecimento do ascendente ou descendente, sem distinções. Nos mesmos moldes surgiu a Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos) a afirmar a legitimidade do interesse de quem, tendo relação de parentesco com o alimentante, pudesse afirmar a obrigação alimentar do devedor (art. 2^a da lei).

Antes da Constituição de 1988, a regra legislativa em que mais se mostrou a evolução dos costumes foi a do art. 57 da Lei n. 6.015/1973. Vigorante a contar de 1^a de janeiro de 1976, o § 2^a desse dispositivo permitiu, embora excepcionalmente e havendo motivo ponderável, que a mulher solteira, separada judicialmente ou viúva requeresse averbação do patronímico de seu companheiro. A concessão foi sujeita a condições claras, como a da anuência do companheiro, a duração mínima de cinco anos para a união, o não prejuízo dos apelidos próprios da família da mulher, o não-impedimento legal para o casamento entre ambos, unilateral ou bilateral. Dada a natureza específica dessa averbação permite a lei, no § 5^a, aditamento cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra. Tanto o aditamento, quanto o cancelamento, são processados em segredo de justiça (§ 6^a). Depois da Constituição, a Lei n. 8.560/1992 adotou, como critérios para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, os mesmos que vieram a ser acolhidos pelo Código Civil, no art. 1.609.

Nesse campo, o Direito brasileiro — talvez por influência religiosa — foi dos mais demorados em acolher a eliminação das diferenças entre os filhos. Na Espanha, país igualmente de forte predominância católica, surgiu em 1931. O reconhecimento do filho incestuoso continuou proibido, essa virtude de razões científicas e jurídicas, nascido de ascendente com descendente, parentes afins em linha reta, adotante com o cônjuge do adotado e adotado com o cônjuge do adotante, irmãos e colaterais até o terceiro grau, inclusive, adotado com filho superveniente do pai ou da mãe adotiva, cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte. Editado o Decreto n. 4.957/1939 (Regulamento dos Registros Pú-

blicos) permitiu o registro de filhos legítimos e ilegítimos (só em nome da mãe, salvo se o pai o fizesse) e dos *expostos*. Assim eram chamadas as crianças deixadas em estabelecimentos de caridade, sem identificação própria e de seus pais, feito o registro a pedido dos administradores dessas mesmas casas.

A solução definitiva, a permitir o registro de todos os filhos, qualquer que fosse a origem, surgiu em 5 de outubro de 1988, quando a Constituição entrou em vigor, com seu art. 227.

Considerando que a paternidade e a maternidade sofreram substancial transformação científica e social, na vida brasileira, também as normas relativas ao reconhecimento passaram a ter interpretação nova, mesmo quando redigidas com as mesmas palavras do Código Civil de 1916. Subsistem, porém, duas espécies básicas: o reconhecimento *voluntário* e o *judicial*. Distinguem-se as formalidades correspondentes, conforme menor ou maior o reconhecido; pelo pai ou pela mãe e a negativa de reconhecimento ou a revogação deste, como resulta do exame dos arts. 1.607 a 1.617.

O art. 1.607 distingue filho havido fora do casamento, para diferenciar a hipótese de seu reconhecimento, o que põe sua análise em cotejo a igualdade prevista pelo art. 227 da Carta Magna. Não é, porém, caso de inconstitucionalidade, em primeiro lugar pela óbvia razão de permitir o reconhecimento, eliminando dúvida eventual se fosse omitido, de que estaria proibido; em segundo lugar porque a união estável, embora não formalizada como o matrimônio comum, tem sua plena validade jurídica reconhecida constitucionalmente.

Filhos havidos fora da união estável ou do casamento, entre pais solteiros, com ou sem grau de parentesco impeditivo do matrimônio e da união estável, mesmo entre absolutamente incapazes para os atos da vida civil, podem ser reconhecidos, porque é direito autônomo deles. A contar do reconhecimento, lançado no registro civil, este se torna imutável, posto que irrevogável. A irrevogabilidade vem afirmada no art. 1.609 que também afirma os requisitos correspondentes, a contar do primeiro, que retomou a antiga predominância do registro do nascimento.

O Código de 2002 se inseriu, como visto, em longo processo de transformação do reconhecimento dos filhos, desde as vedações constantes do texto original de 1916, sob o impacto das transformações sociais surgidas, sobretudo, na segunda metade do século XX. O art. 1.609 do Código Civil modifi-

cou a redação, mas retomou, no essencial, o velho texto do art. 357, de 1916, cuja orientação restaurou. Esta havia sido revogada implicitamente pelo art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, a qual, por seu turno veio a ser superada pela Lei da Investigação da Paternidade (Lei n. 8.560/1992, art. 1^o), confirmada pelo texto codificado.

Da síntese feita percebe-se a evolução do sentimento social, modificando a lei, até chegar-se ao novo Código Civil. Na experiência brasileira tradicional, assim acolhida no art. 52 da Lei dos Registros Públicos, o primeiro obrigado à declaração de nascimento é o pai, seguindo-se-lhe, em sua falta ou impedimento, a mãe e outros sucessivamente, na ordem do dispositivo.

Além de ser procedido no registro civil, o reconhecimento do filho pode ocorrer por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório (art. 1.609, II) e mesmo por testamento (III), ainda que *incidentalmente* manifestado. A interpretação do advérbio de modo sugere que o reconhecimento não precisa ser formalizado por palavras sacramentais, mas pela simples referência, pelo testador, à pessoa que expressamente refira como filho. *Incidental* no inciso mencionado, tem o sentido de manifestação acessória, desligada do objetivo principal do testador, mas clara na afirmação da filiação proclamada. A derradeira forma admitida no art. 1.609 é a do inciso IV: “por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”, ou seja, para repetir, incidental.

Na normalidade dos casos o reconhecimento ocorre em vida do filho, mas pode subsistir validamente se afirmado antes do nascimento e mesmo depois de sua morte, se deixar descendentes. Não os deixando, deixaria de subsistir a legitimidade do interesse de promover o requerimento, razão pela qual o Código impõe esse limite.

A força do reconhecimento, afirmada na irrevogabilidade do art. 1.609, para filhos havidos fora do casamento, sofre confirmação definitiva, de maior amplitude, no art. 1.610 (“não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”). Cabem duas ordens de consideração a respeito. O reconhecimento é ato de vontade, manifestado por uma das formas previstas em lei. O casamento, formalizado quando o presidente do ato matrimonial assim o declara, se comprova pelo assentamento no registro civil de pessoas naturais. Marca o conhecimento aberto a todos os terceiros, conforme está no art. 10^o, II, do Código Civil, para os fins previstos no art. 1^o da Lei n. 6.015/1973.

A regra do art. 1.611 tem em vista a proteção da paz familiar, ao impedir que o filho havido fora do casamento, mas reconhecido por um dos cônjuges, resida no lar conjugal sem o consentimento do outro. A hipótese é fácil de ser visualizada em concreto: um dos cônjuges tem filho em virtude de relação adúlterina. Admite o fato e pratica os atos necessários de reconhecimento da criança assim nascida. O adultério, por si só, constituiu ofensa aos deveres matrimoniais e, tendo resultado em um filho, havido com terceira pessoa, cujo direito em relação à criança terá de ser respeitado, seria evidente fonte de perturbação (art. 1.611). A autorização é imprescindível, por motivos jurídicos e sociais, conforme a jurisprudência tem reiteradamente confirmado, em especial, quando o filho seja maior.

A alternativa proposta pelo art. 1.612, referente a filho reconhecido, enquanto menor, havido fora do casamento, o mantém sob a guarda do que o reconheceu. Se ambos os pais o reconheceram e não houver acordo, o juiz atribuirá a guarda a quem melhor atender aos interesses do menor. O STJ deverá retomar o debate, cabível na aplicação desse dispositivo, quanto a saber se o exercício do poder familiar do reconhecente pode desrespeitar a imposição do art. 1.611.

A interpretação sistemática leva a avaliação ao art. 1.613, com a ineficácia de condição e termo apostos ao ato de reconhecimento do filho, porquanto o reconhecimento vale por si mesmo, desde que declarado, insubsistentes as ressalvas pretendidas pelo reconhecente. Quando o art. 1.610 reforça seu sentido ao negar a revogação *nem mesmo quando feito em testamento*, quer excluir dúvida sobre o eventual contraste entre a revogabilidade plena resultante do testamento, como um todo, segundo se lê dos arts. 1.969 a 1.972. Muito possivelmente, o STJ dedicará atenção à interpretação histórica que, no caso poderá ajudar a compreensão, tendo em conta que o Código de 1916 não tinha norma com texto igual ao art. 1.610, mas seu art. 1.748 foi repetido quase integralmente no 1.971 de 2002. Ora, a norma do art. 1.971 não se aplica à força declaratória do reconhecimento. Cabe o cotejo entre os dois dispositivos, para melhor verificar que não são contraditórios. Diz o art. 1.971, que revogação do testamento produzirá seus efeitos, salvo se o ato revogatório “for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos”. Ora, o art. 1.610 se refere essencialmente à declaração, ao ato subjetivo de reconhecer o fato da filiação, que existe por si mesmo. Para valer não carece mesmo de afirmação formal, definitiva, podendo ser incidental. A nulidade da própria declaração (o declarante não

existe, o suposto declarante era falecido ao tempo da declaração, a assinatura é falsa, os documentos de identidade referidos não se referem a quem teria feito a declaração, por exemplo) uma vez reconhecida em juízo e qualificada pela coisa julgada, é exceção à regra de sua plena eficácia.

Se o termo de nascimento, por declaração de quem se apresentou como pai (posto que marido da mãe) ou por declaração de outras das pessoas indicadas no mesmo art. 52 da lei registraria, incluir o nome da mãe, esta tem o Direito, em sendo o caso, de recusar o reconhecimento matéria, na qual o STJ provavelmente manteve a jurisprudência clássica. O direito decorrerá do art. 1.608 do Código, mas sua contestação depende de pré-requisitos inafastáveis:

a) a maternidade consta do termo do nascimento do filho;

b) a contestação afirma a falsidade objetiva do próprio termo, por defeito inerente ao ato do registro pelo oficial dele encarregado ou por falsidade de sua indicação como autor do ato, com erro essencial, de boa ou de má-fé pelo declarante.

A filiação pode resultar de casamento declarado nulo (art. 1.617), ainda mesmo sem as condições do putativo (art. 1.561). Em ambos os casos a matéria estará a depender de prova, cujo exame será realizado nas instâncias ordinárias.

Duas hipóteses claras, de previsão expressa no Código, de não-validade do reconhecimento estão no art. 1.614:

a) o reconhecimento do filho maior de dezoito anos, ou emancipado aos dezesseis anos depende, para sua validade, de seu consentimento que não se presume, devendo ser expresso;

b) o reconhecimento do filho menor, relativa ou absolutamente incapaz, conforme tenha menos de dezesseis ou mais de dezesseis e menos de dezoito anos, vale quando afirmado, mas o menor o pode impugnar, nos quatro anos seguintes à maioridade ou à emancipação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 27, foi interpretado como tendo revogado o art. 362 do Código de 1916. Todavia, a norma codificada de 2002 restaurou o prazo quadrienal, revogando a imprescritibilidade definida pelo ECA, para alterar a jurisprudência gerada desde 1990.

Tem lógica o art. 1.616 ao dispor que julgado procedente pedido

investigatório e transitado em julgado, os efeitos da ação serão iguais ao que o reconhecimento produziria. A releitura do art. 1.615, na previsão de qual poderá ser a posição do STJ, sugere que o juiz tem discricção para impor que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

O art. 1.615, ao acrescentar alternativa para o disposto no art. 1.601, parece, a uma primeira leitura, ampliar a legitimação passiva para contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade, ao estendê-la a “qualquer pessoa, que justo interesse tenha”. Repetindo o Código de 1916, a norma não exclui a aplicação do art. 3º do Código de Processo Civil, pelo qual para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. Os teóricos do processo desenvolvem inúmeras considerações a respeito, em extensão que se agrava, na lei civil. Qualifica o interesse (*justo*), mas omite a legitimidade e isso mesmo para dar resposta à investigatória de filiação paterna ou materna. Com o qualificativo indicado, o interesse deixa de ser meramente processual, isto é, aquele em que o pedido satisfaz os requisitos para provocar a resposta do Estado, através de seu agente, o juiz, no amplo exercício da jurisdição. O conteúdo material ou substancial está presente na aplicação do art. 1.615. O contestante entra necessariamente na avaliação do mérito daquilo que o autor pede, sem o que não o poderá dizer injusto. A tutela repelida pelo contestante não é qualquer, mas uma, específica, desvestida da condição que tornaria justo, portanto, ético, moral, o interesse envolvido. Dá margem a muitas alternativas de interpretação.

Para entender a legitimidade, no caso específico de que se trata, é necessário recordar a condição do processo como componente de relação jurídica entre partes. O contestante, na leitura do art. 1.615, precisa ter capacidade civil em geral e, além desta, ter capacidade para estar naquele processo específico, no qual queira opor-se ao pedido formulado pela parte autora. Requisitos que esta, isonomicamente também há de satisfazer. Para terminar cabe referir a Lei n. 8.560/1992. Regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, revogando expressamente os arts. 332 (distinguiu filhos legítimos e ilegítimos), 337 (limitava o parentesco decorrente da adoção) e 347 (afirmava a prova da filiação legítima pelo registro de nascimento) do Código Civil de 1916, mas implicitamente de outras normas relativas à investigação de paternidade. Seu art. 1º foi revogado pelo art. 1.609 do Código Civil, pois este, com a mesma redação, dispôs a respeito do mesmo assunto.

A imprescritibilidade foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça quando a investigação de paternidade era requerida pelo pretense filho, mesmo depois de passados quatro anos de sua maioridade, querendo trocar o pai registrário, por outro. Não me parece **data venia** a melhor orientação, por dois motivos, sendo um moral, quando perceptível que a verdadeira razão, por trás do pedido, foi a substituição de um pai pobre, constante do registro civil, por outro rico, que se teria recusado do reconhecimento. O segundo motivo é o de que a imprescritibilidade se baseou no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, de âmbito limitadíssimo, nos termos dos seus arts. 1º e 2º, não aplicáveis aos maiores de 21 anos, antes do Código de 2002 ou de 18 anos, no regime posterior à vigência do texto de 2002.

Decorre do art. 227 da Constituição, que o registrador civil não acolherá qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto se forem gêmeos, bem como ao lugar de casamento dos pais ou ao estado civil deles, o que os arts. 5º e 6º da Lei 8.560 explicitaram em maior extensão. No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes. De igual modo, a lei proíbe a indicação, mesmo de meros indícios, de que a concepção tenha decorrido de relação extraconjugal. A lei permite ainda a acumulação do reconhecimento da paternidade, com alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite. Também nesta alternativa parece certo que a orientação do STJ se manteve estável, mesmo no procedimento referido a seguir, embora devam ser raros os casos que cheguem à alta Corte.

Tendo em vista o número crescente de filhos nascidos de mães solteiras, sobretudo em camadas mais pobres da população e, em particular, nos grandes centros urbanos, foi relevante a introdução do procedimento determinado pelo art. 2º, no qual é criada obrigação imposta ao delegado do registro civil, de, havendo registro de nascimento de menor apenas em nome da mãe, remeter ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação. Os parágrafos do dispositivo mencionado fixam os passos seguintes tendentes a obter o reconhecimento da filiação, compreendendo atos do magistrado e do Ministério Público. Para os fins pretendidos neste ensaio, segue-se o resumo das alternativas mais comuns:

a) sempre que possível o juiz ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada. Confirmada ou não a alegação, mandará notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. Entende-se que mesmo negada a alegação, o suposto pai deve ser intimado, porque o parágrafo 1º afirma que, em qualquer caso será esse o procedimento adequado;

b) permitido, quando seja o caso, que a diligência seja realizada em segredo de justiça, assim preservando as partes de sua intimidade, confirmada a paternidade pelo indicado, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação no registro feito precedentemente como declarado pela mãe;

c) para as hipóteses de não-comparecimento do suposto pai nos trinta dias seguintes à notificação judicial ou, comparecendo para negar a paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público. Se este entender, segundo seu próprio critério, que há elementos suficientes proporá a investigatória de paternidade. Em qualquer caso, independente da iniciativa do Ministério Público, qualquer pessoa que tenha legítimo interesse de intentar investigação, para obter o reconhecimento.

O art. 3º da lei proíbe a legitimação e o reconhecimento do filho na ata do casamento, mas o patronímico materno pode ser alterado por averbação, no termo de nascimento do filho, quando a mãe contrair matrimônio com o pai da criança ou com terceiro.

Conclusão — Nem se faria necessário concluir, tal a insistência recorrente em que o temário do Direito de Família surgiu neste trabalho. Os próximos quinze anos serão de estudo, honra e glória para o Superior Tribunal de Justiça na medida em que reexamine e reformule a jurisprudência do Direito comum, no amplo espaço de sua competência constitucional, aqui enfocado, em todas as interferências geradas pela estrutura orgânica do novo Código Civil.

As responsabilidades envolvidas nessa tarefa são as mais complexas e sérias. Vêm precedidas pelas experiências geradas pelo texto exemplar de 1916 e por dezenas de leis especiais nascidas de realidades transformadoras das relações humanas, como nunca antes se verificou na história do Brasil. Apesar desse influxo precioso do passado, a tarefa do futuro ultrapassará todas as barreiras, antes assinaladas, da interferência judicial.