

Superior Tribunal de Justiça

INFORMATIVO JURÍDICO

da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva

Vol. 15 - N. 2 - jul./dez. 2003



Bibli
ex.2

ISSN - 0103 - 362X

COMPOSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTROS:

NILSON Vital NAVES – Presidente

EDSON Carvalho VIDIGAL – Vice-Presidente

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira - Diretor da Revista

Raphael de **BARROS MONTEIRO** Filho – Presidente da Comissão de Documentação

FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

HUMBERTO GOMES DE BARROS

Francisco **CESAR ASFOR ROCHA**

VICENTE LEAL de Araújo

ARI PARGENDLER – Coordenador-Geral da Justiça Federal

JOSÉ Augusto DELGADO

JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

FERNANDO GONÇALVES

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

FELIX FISCHER

ALDIR Guimarães **PASSARINHO JUNIOR**

GILSON Langaro **DIPP**

HAMILTON CARVALHIDO

JORGE Tadeo Flaquer **SCARTEZZINI**

ELIANA CALMON Alves

PAULO Benjamin Fragoso **GALLOTTI**

FRANCISCO Cândido de Melo **FALCÃO** Neto

Domingos **FRANCIULLI NETTO**

Fátima **NANCY ANDRIGHI**

Sebastião de Oliveira **CASTRO FILHO**

LAURITA Hilário **VAZ**

PAULO Geraldo de Oliveira **MEDINA**

LUIZ FUX

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

TEORI ALBINO ZAVASCKI

José de **CASTRO MEIRA**

DENISE Martins **ARRUDA**

INFORMATIVO JURÍDICO

DA

BIBLIOTECA MINISTRO OSCAR SARAIVA

EQUIPE TÉCNICA

SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO

Secretária: *Jacqueline Neiva de Lima*

BIBLIOTECA MINISTRO OSCAR SARAIVA

Subsecretária: *Lúcia Evaristo de Sousa*

DIVISÃO DE DOCTRINA E LEGISLAÇÃO

Diretora: *Alda Cristina Bittencourt Barreiros*

Seção de Análise de Legislação

Chefe: *Leila Aparecida Arantes Silva*

Seção de Periódicos

Chefe: *Miriam Dalva Lima Martins*

Seção de Processos Técnicos

Chefe: *Raquel da Veiga Araújo de Menezes*

DIVISÃO DE REFERÊNCIA

Diretora: *Marli Aparecida Fugikata*

Seção de Atendimento ao Usuário

Chefe: *Jussara Pontes da Cruz*

Seção de Circulação

Chefe: *Antonia Pereira da Silva*

Seção de Pesquisa

Chefe: *Rosa Maria de Abreu Carvalho*

Editoração

Sérgio Silva

Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva / Superior Tribunal de Justiça, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. - v.1, n.1 - Brasília: STJ, 1989 -. Semestral

ISSN 0103-362X

1. Direito. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Biblioteca Ministro Oscar Saraiva.

CDU 34



P
Inf Jure Bibli
v.15/n.2/ex.2
2003

**PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

INFORMATIVO JURÍDICO

DA

BIBLIOTECA MINISTRO OSCAR SARAIVA

ISSN - 0103 - 362X



Informativo Jurídico da Bib. Min. Oscar Saraiva	Brasília	v. 15	n. 2	p. 137-265	Jul./Dez.	2003
---	----------	-------	------	------------	-----------	------

Copyright © 1989 Superior Tribunal de Justiça

Superior Tribunal de Justiça
Secretaria de Documentação
Biblioteca Ministro Oscar Saraiva
SAFS - Quadra 6, Lote 01 - Bloco "F", 1º andar
70095-900 - Brasília - DF.
Fone : (061) 319-9054
Fax : (061) 319-9554/319-9385
E-mail: biblioteca@stj.gov.br

Capa

Projeto gráfico: *Núcleo de Programação Visual/STJ*

Criação: *Isabel Ramos*

Impressão: *Divisão Gráfica do Conselho da Justiça Federal*

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	143
---------------------------	-----

DOCTRINA

<i>Décimos Constitucionais</i> – Humberto Gomes de Barros	147
<i>A Ética no Novo Código Civil</i> – José Augusto Delgado	161
<i>Juizado Especial de Família</i> – Fátima Nancy Andrighi	179
<i>Das Relações de Parentesco, da Filiação e do Reconhecimento dos Filhos</i> – Domingos Franciulli Netto	185
<i>A Tributação dos Serviços Prestados pelas Provedoras da Internet</i> – Eliana Calmon	231

ARTIGOS DE PERIÓDICOS

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS	241
Previdência Privada	250
Reforma do CPC à Luz das Leis nºs. 10.352 e 10.358/2001	253
Reforma Tributária	263



APRESENTAÇÃO

Dando prosseguimento ao mister de promover a divulgação de estudos doutrinários, eis editado, em mais uma auspiciosa oportunidade, o presente volume do **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, cujo conteúdo, em sua excelsa grandeza, traduz com proficiência a intenção de servir, levando ao conhecimento do leitor, os artigos sob a égide dos ínclitos Ministros Domingos Franciulli Neto, *Das Relações de Parentesco, da Filiação e do Reconhecimento dos Filhos*; Eliana Calmon, *A Tributação dos Serviços Prestados pelas Provedoras da Internet*; Fátima Nancy Andrighi, *Juizado Especial de Família*; Humberto Gomes de Barros, *Décimos Constitucionais* e José Augusto Delgado, *A Ética no Novo Código Civil*, conspícuos tratadistas, cujos trabalhos ora expostos, transmitem de forma cogente e assim cristalinos a exata noção do saber e do conhecimento doutrinário dos temas expostos.

Complementando por fim a publicação ilustrativa, emergem alguns artigos de periódicos, que muito concorrerão na elucidação de conceitos, visto que os temas trazidos a colação, como: *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, Previdência Privada, Reforma do CPC à Luz das Leis n.ºs. 10.352 e 10.358/2001, Reforma Tributária*, inserem-se na discussão de pleitos, visto que se apresentam, na forma exposta, em excepcional exegese.

DOCTRINA



Décimos Constitucionais

Humberto Gomes de Barros
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. Quinto Constitucional.

O instituto do “Quinto Constitucional” ingressou em nosso Direito positivo já com dignidade constitucional. Isso ocorreu em 1934, quando o art. 104, § 6º da Carta Política promulgada naquele ano disse que:

“Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos em lista tríplice, organizada na forma do § 3º.”

A referência ao parágrafo 3º significava que a lista tríplice era formada por escrutínio secreto, realizado entre os membros do tribunal em que existia a vaga a ser preenchida.

A regra do art. 106 foi literalmente repetida pelo art. 105 da Constituição Federal de 1937. A Carta de 1946 (art. 124) também a manteve, acrescentando-lhe, porém, a exigência de que os escolhidos tivessem, ao menos, dez anos de prática forense. O Constituinte da redemocratização estabeleceu ainda o critério de rodízio, pelo qual “escolhido um Membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado”. O sistema foi mantido, sem inovações, em 1967 (art. 136, IV).

A Constituição Federal de 1988 manteve o instituto. Trouxe, porém, relevantes inovações, a saber:

a) Deixou de exigir, do candidato, “notório merecimento”. Em relação aos membros do Ministério Público, exige, somente “mais de dez anos de carreira”. Dos advogados, contudo, passou a exigir

“notório saber jurídico”, “reputação ilibada” e “mais de dez anos de efetiva atividade profissional”(art. 94);

b) estabeleceu tratamento diferenciado, para os integrantes do Quinto, nos Tribunais Regionais do Trabalho. Nestas cortes, somente os juízes integrantes “da carreira da magistratura trabalhista” têm acesso ao Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, § 1º). Nos Tribunais Regionais Federais, assim como nas Cortes estaduais de Justiça, desembargadores “quintistas mantêm **status** de igualdade com os colegas “carreiristas”;

c) criou o sistema de dois turnos, para a indicação dos futuros integrantes do Quinto, ou seja: no primeiro momento forma-se lista sêxtupla, apresentada pelos “órgãos de representação das respectivas classes”; a corte, onde existe a vaga a ser preenchida, apresenta ao Poder Executivo três nomes retirados da lista sêxtupla (art. 94, parágrafo único).

O sistema de dois turnos vigora na composição dos Tribunais Regionais Federais (incluídos os do Trabalho) e nas cortes estaduais. O mesmo não acontece na Justiça Eleitoral, onde os juízes-advogados são nomeados pelo Presidente da República, a partir de lista sêxtupla, elaborada pelo Supremo Tribunal Federal (para o TSE) ou pelo Tribunal de Justiça (nos TREs). As listas formam-se nos próprios tribunais indicantes, sem participação da OAB. Na Justiça Eleitoral, o “Quinto” corresponde, na realidade, a dois sétimos das cortes (CF, arts. 119 e 120).

2. Exceções.

(Justiça Eleitoral e Militar)

Merece destaque a circunstância de que os “dois sétimos” da Justiça eleitoral são integralmente formados por advogados. O Ministério Público não participa na formação dessas cortes (CF, arts. 119 e 120).

Também é importante observar que não existe qualquer discriminação entre os “juízes” (os integrantes das cortes eleitorais chamam-se “juízes”, não “desembargadores”, nem “ministros”) integrantes dos colegiados eleitorais. Todos são investidos mediante nomeação a termo, por dois anos (CF, art. 121, § 1º e 2º).

Outra exceção encontra-se no Superior Tribunal Militar: ali, os advogados preenchem um quinto da Corte. Os egressos da Magistratura e do Ministério Público militares ocupam dois sétimos da composição do Tribunal (CF, art. 122, parágrafo único).

3. Décimos Constitucionais.

Os artigos 94 e 115, II da Constituição Federal traduzem nítida diferenciação, entre advogados e agentes do Ministério Público, candidatos:

- a) dos promotores requisita-se, apenas “dez anos de carreira”;
- b) para os advogados exigem-se: “dez anos de efetiva atividade profissional”; reputação ilibada e “notório saber jurídico”.

A desigualdade de tratamento é manifesta. Com efeito, para os agentes do Ministério Público, bastam dez anos de carreira. Nada importa a circunstância de estarem afastados da atividade típica (por requisição ou equivalente). Tampouco necessitam apresentar notório saber jurídico. Por outro lado, admite-se que a reputação já tenha sofrido murmúrios.

Dos advogados, entretanto, exige-se a conjunção de três requisitos que os promotores estão dispensados de satisfazer.

Tão marcante diferencial autoriza-nos a dizer que o termo *Quinto* já não exprime a realidade. Exato, hoje, é dizer que nos tribunais funcionam *dois décimos*: um décimo reservado aos advogados e outro décimo, destinado ao Ministério Público.

4. Sextos Constitucionais.

Outra inovação trazida pela Constituição refere-se ao Superior Tribunal de Justiça. Nesta corte, a participação dos advogados corresponde a um sexto da composição. A composição do STJ é a seguinte: um terço, de ex-magistrados federais de carreira; um terço de ex-desembargadores estaduais; um sexto de ex-advogados e um sexto de ex-agentes do Ministério Público.

Utilizei o prefixo *ex*, na enumeração dos terços e sextos, em homenagem à precisão conceptual. Com efeito, a partir da investidura no cargo de magistrado, todos se transformam em Ministros do STJ. Bem por isso, aqueles que provêm dos sextos juntam-se aos egressos da magistratura federal ou estadual, em situação de absoluta igualdade.

5. Juiz de Segunda Classe.

A regra da igualdade é excepcionada pelo art. 111, que restringe o acesso ao TST aos “juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista”. A exceção cria, nos tribunais regionais, juízes de segunda categoria, incapazes de ascender à Corte Superior.

Sem discutir o teor de injustiça que se contém no tratamento pejorativo, observo que sua adoção tende a se refletir no recrutamento de advogados e procuradores do trabalho. Tenho comigo a convicção de que o Sexto Constitucional foi concebido, para levar à função jurisdicional os melhores profissionais da advocacia. Não é por outro fundamento que se exige de cada um, notável saber jurídico e reputação ilibada e dez anos de militância. Advogado com tais qualidades há que ser bem conceituado – há de integrar o primeiro time da seccional em que atua. Ora, eu pergunto:

- Quem trocaria um lugar no primeiro time, para ocupar posição de segunda categoria, constrangedora, relativamente aos demais companheiros de equipe?

Eu mesmo respondo:

- Ninguém, em bom juízo e sã intenção.

Fazendo exercício de empatia, eu jamais admitiria integrar colegiado, em que meu **status** fosse inferior ao de meus supostos pares. Digo isso, porque tenho a altivez como atributo diferencial do verdadeiro advogado. Quem troca a advocacia pela magistratura de segunda categoria não se pode incluir entre os advogados de primeiro escalão. Não merece, por isso, o galardão de magistrado.

Do que acabo de expor, concludo observando que a criação de juizes de segunda categoria tende a captar advogados de segunda categoria. Haverá exceções que, simplesmente, confirmarão a regra.

6. Gradação.

O impropriamente denominado Quinto Constitucional é criação brasileira. Desconheço a existência de instituto semelhante, em outro ordenamento jurídico. Nele, misturam-se dois dos principais sistemas universalmente praticados, para investidura de magistrados: a carreira funcional e o velho método inglês, de aproveitarem-se advogados vocacionados para a magistratura.

Como disse, há pouco, o teor de vagas reservadas a juizes não carreiristas não é igual em todos os tribunais. Sob esse aspecto observa-se interessante gradação: a participação de magistrados de carreira diminui à medida em que aumenta o grau de importância da Corte: no primeiro grau, todos os magistrados são de carreira; nos tribunais de segundo grau, a presença de tais magistrados é de oito décimos; já nos tribunais superiores, o

número de carreiristas é de cinco sextos; finalmente, no Supremo Tribunal Federal não há vaga reservada a tais magistrados.

7. Por quê?

Faço aqui, uma indagação: qual a razão de existência de tal sistema?

Respondo, lembrando um caso que me contou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Sua Excelência, na Europa, ouvia palestra de um professor alemão. A conferência integrava um congresso sobre o Poder Judiciário na América Latina. Nos debates, levanta-se um jurista boliviano, indagando qual a melhor forma de livrar os tribunais da frieza e indiferença dos juízes. O boliviano afirmou que a busca de tal solução fora o motivo de sua viagem à Alemanha.

A resposta surpreendeu. O alemão começou-a, fazendo observação surpreendente:

- Sua viagem foi um desperdício. Para encontrar a melhor experiência que se desenvolve no mundo, sobre esse problema não lhe seria necessário atravessar o Atlântico; bastaria cruzar a fronteira leste de seu país. É que o Brasil encontrou o ponto de equilíbrio neste tema.

Feita a observação, o Professor europeu desenvolveu elogiosa explanação sobre o Quinto Constitucional.

Em verdade, o sistema de quinto foi concebido para amenizar a arrogância que tradicionalmente marca os tribunais.

A empáfia é seqüela do pecado original que, constantemente, marca o juiz substituto.

Explica-se: após concurso de provas – cuja preparação exige largo tempo de estudos, em dedicação exclusiva – o jovem bacharel torna-se juiz substituto. Tanto estudo afasta da vida normal o candidato: sacrificam-se diversão, esportes e namoros; leitura, só dos textos fornecidos pelos “cursinhos” especializados em aprovar nos concursos públicos. Jornal e cinema, nem pensar!

Isso acontece, porque, nos concursos para a magistratura, as provas constituem simples testes de memória. As bancas examinadoras – normalmente formadas por professores – querem, apenas saber se os candidatos conhecem de memória, a jurisprudência e a doutrina. Para os examinadores, nada importa a maturidade emocional, a sensibilidade jurídica

nem a opinião do candidato. Interessa-lhes apurar se o futuro juiz é capaz de reproduzir opiniões de escritores nacionais e, principalmente, estrangeiros. Tais opiniões – referidas como “lições” – devem ser repetidas servilmente, para satisfação da banca examinadora. Passam apenas os candidatos “preparados” – vale dizer, aqueles capazes de repetir - memorizar as “lições”. Aqueles de menor capacidade mnemônica, mesmo que estejam em dia com os problemas hodiernos e demonstrem profunda intuição jurídica, recebem impiedosa reprovação.

Após o rigoroso isolamento, o jovem bacharel condicionado a não desenvolver raciocínio autônomo transforma-se em juiz substituto. O pós-adolescente, limitado à cultura acadêmica e aos “macetes” dos cursinhos, põe-se em contato com a dura realidade. A investidura do jovem, inseguro e intelectualmente servil, no cargo de juiz tem efeito semelhante àquele do grito *Shazam*, que transformava o jornalista Billy Batson no todo-poderoso Capitão Marvel.

O jovem bacharel, de repente, recebe os poderes de prender e soltar; despejar e imitar na posse; dar ordens aos governantes e legisladores; descumprir leis etc. Tanto poder gera a síndrome da “juizite”, que se traduz em isolamento, cabotinismo e prepotência. Circula no Fórum, em tom de galhafa, uma versão do gênese, supostamente retirado das escrituras essênias, recentemente encontradas nas cavernas do Mar Morto. Tal poema afirma que Adão não foi expulso do Éden por haver comido o fruto proibido. A causa do banimento foi a arrogância: nosso avô inscreveu-se em concurso para juiz substituto, manifestando intolerável pretensão de ser igual a Deus. O tema sugeriu-me uma poesia, em que narro o acontecimento.

No poema, o banimento de Adão é descrito assim:

“PECADO ORIGINAL

O arcanjo São Miguel
Com u’a espada de chama
Surge lá do horizonte
E o veredito proclama

Voz grave de trovão
Cara fechada de mau
Diz o anjo autoritário
Ao casal primordial

Um mandado imperativo
Cumprindo de Jeová
Do belo Jardim do Éden
Vocês dois vou despejar

Disse Adão atordoado:
Oh Meirinho Universal!
Deve haver algum engano
Pois eu nunca agi mal

Informai-me Santo Anjo
Que pecado cometi
Pois do fruto proibido
Só um naco eu comi

Tão violenta sanção
Ofende de verdade
O preceito benfazejo
Da proporcionalidade

A sentença, disse o anjo
Com certeza mereceste
Pois um crime assaz grave
Tu de fato cometeste

Seu pecado, asseguro,
Não se pode perdoar
Ao Senhor Onipotente
Tu quiseste emular

Te inscreveste, oh insolente
E o fizeste por teu nuto
Em concurso para o cargo
De juiz substituto”

A doença tende a desaparecer com a maturidade. Em alguns casos, contudo, acompanha o paciente, pelo resto da vida (talvez porque a maturidade jamais chegue para ele).

É bom, portanto, que os excessos da *juizite* sejam temperados por um tribunal de que façam parte pessoas curtidas na “maçaranduba do tempo”, capazes de amenizar a frieza das leis. Tais pessoas – como os juízes – dominam a técnica jurídica. No entanto, a convivência com as dificuldades humanas empresta-lhes discernimento, para compreender o espírito do ordenamento jurídico e dirigir a lei no sentido do fim social para o qual foi concebida.

Estas pessoas são os advogados e os agentes do Ministério Público. A importância delas é tão grande que a Constituição Federal considera suas funções “essenciais” e “indispensáveis à administração da justiça” (arts. 127 e 133).

Peço licença para repetir o que disse no Senado Federal, durante a sabatina a que fui submetido, no processo de investidura no Superior Tribunal de Justiça:

“Tenho consciência da missão que o constituinte outorgou ao advogado, quando lhe reservou - e ao Ministério Público - um terço da composição do Superior Tribunal de Justiça.

Impõe-se ao causídico - transformado em magistrado - o encargo de levar ao tribunal, a experiência d’além cancelos: a sensibilidade proveniente do trato diuturno com as agruras dos sedentos de justiça e as dificuldades da realização do Direito.

A experiência adquirida no trato com a vida, mesclada com o equilíbrio sacerdotal que caracteriza os magistrados de carreira, produz no Tribunal um salutar equilíbrio entre a ânsia de apressar a distribuição de justiça e a prudência, capaz de evitar exageros, muitas vezes prejudiciais.

O ingresso do advogado na composição do tribunal funciona como vacina que, inoculando algo de profano no ambiente sagrado da corte, prepara-a e a fortifica, para que não sucumba ao imobilismo, capaz de transformar o Poder Judiciário na própria negação do Estado de Direito Democrático.

Não bastam, pois, ao advogado, o saber jurídico, nem a reputação ilibada. Sua metamorfose em magistrado pede mais um requisito: a vocação profissional - vocação capaz de fazer com que, sob a toga permaneça, vivo e alerta, o espírito da beca.

A reserva de um quinto dos tribunais, para ocupação por advogados e agentes do Ministério Público, remonta, em nosso Direito Constitucional, à carta de 1934.

No entanto ela tem sofrido constantes fraudes, através das quais amigos dos governantes, sem qualquer afinidade com o exercício profissional da advocacia penetravam nas cortes, à revelia da OAB e, muitas vezes, contra sua tenaz resistência.

Estes apaniguados encaravam a magistratura como um reles emprego. Deles apenas se poderia esperar a inércia. Inércia e inépcia.

A Constituição de 1988 trancou o exercício de semelhantes fraudes.

Agora, o procedimento de nomeação de magistrados egressos do MP e da OAB se inicia com indicações, partidas das respectivas corporações.

Existem - é verdade - duas lamentáveis exceções, localizadas na Justiça Eleitoral e na Justiça Militar. Ambas, estou certo, logo serão corrigidas.

Felizmente - é necessário que se registre - a participação dos egressos da advocacia no Superior Tribunal Militar e no Tribunal Superior Eleitoral revela que lá não tem havido fraude.

Os exemplos de Cláudio Lacombe, Sérgio Dutra, Pedro Gordilho, Célio Silva, Carlos Barros Barreto, Roberto Rosas, Antônio Vilas Boas e tantos outros colegas, demonstram a seriedade que presidiu suas investiduras.

AQUI ESTOU!

Na antepenúltima estação do ato complexo que é a investidura de um Ministro do STJ, a partir de um advogado militante - sem dúvida, o mais eloqüente exemplo de ato complexo, no Direito Brasileiro.

Esta audiência pública, em que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal argúi os candidatos à Magistratura nos Tribunais Superiores é, ao lado da elaboração da lista sêxtupla, pela Entidade Corporativa, uma das grandes inovações do procedimento inaugurado após a Constituição de 1988.

Aqui, grandes juristas combinam-se com expertos em outras searas do conhecimento e, principalmente, com homens detentores da sabedoria colhida no trato íntimo com o povo. Esta

mistura, gerada pelo voto popular, é a melhor, mais autêntica e legítima representação da cidadania.

Quem daqui sair aprovado, pode-se considerar um magistrado com autoridade necessária à solução dos conflitos inerentes à convivência democrática.

Escolhido por minha Corporação e pelo Poder Judiciário; indicado pelo Poder Executivo, aguardo a decisão do Legislativo - aqui atuando como porta-voz da Federação e da cidadania.

Reprovado, retirar-me-ei feliz, consciente de que terei ido além da curta alçada de meu talento.

Aprovado, cumprirei o decálogo proposto por Juan Carlos de Mendonza. Procurarei ser honesto, sóbrio, paciente, trabalhador, imparcial, respeitoso com a dignidade alheia, justo, amante do Direito, independente e cultor da liberdade.

Procurarei, ainda, não me deixar envolver pelo imobilismo gerado no culto fetichista do procedimento e da jurisprudência.

O Direito é filho da vida. Viver é criar.

Tentarei ser um criador, enxergando no texto legal o escopo que justificou sua edição: a exigência do bem comum e os fins sociais.

Se a tanto chegar, estarei - superando minhas notórias limitações - dignificando a tradição de grandes advogados brasileiros, que, transformados em juízes, prestaram inestimável contribuição ao Poder Judiciário.

Guardadas as proporções, procurarei não desmerecer a legenda cunhada por Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva, Gonçalves de Oliveira, Xavier de Albuquerque, Luiz Rafael Mayer e tantos outros luminares da advocacia e da Magistratura - dentre os quais se inclui o eminente Ministro Armando Rolemborg, a quem deverei suceder.

Não tenho a pretensão de repetir a atuação destes grandes juízes. Guardo, sim, a esperança de, com o pálido espelho de

meus poucos suprimentos, refletir o brilho que essas ilustres figuras difundiram.

Há vinte e cinco anos, meu pai, o velho advogado e parlamentar Carlos Gomes de Barros teve seu nome aprovado pelo Senado Federal, tornando-se Juiz Federal. Queira Deus, possa eu - como ele - fazer da bondade uma técnica de distribuição da Justiça.

Finalmente, guardo a esperança de não desmerecer meu primeiro mestre na arte da advocacia: o saudoso Senador João Villasboas, cuja memória foi objeto de belíssimo culto, há poucos dias, no Plenário desta Casa.”

Ao longo dos últimos onze anos, tento ser fiel a esse compromisso. Não sei se o tenho conseguido. Peço aos colegas, sobretudo aos advogados que, a cada falha minha, não me poupem as orelhas: advertam-me, para valer.

8. Tentativa de Extinção.

Vejo, com tristeza, que algumas associações de juízes estão adotando extinção do Quinto Constitucional como ponto central de suas preocupações, na planejada Reforma do Poder Judiciário. Na defesa de sua pretensão chegam ao terreno da injúria – quando afirmam que a manutenção do Quinto ameaça a independência da magistratura brasileira.

Proveniente do Quinto, sinto-me pessoal e injustamente agredido. Desenvolvi exame de consciência e não detectei na memória qualquer atitude que me tenha feito menos independente do que qualquer dos meus colegas magistrados. O agravo é mais doloroso, porque meus colegas juízes de carreira não apontam qualquer ato concreto capaz de justificar a aleivosia.

Em verdade, a campanha infamante tem duas vertentes mal-escondidas: o preconceito e a preocupação em reservar para os integrantes da carreira maior número de cargos nos tribunais.

O preconceito é filho da arrogância.

Soma-se à *juizite*, o corporativismo, tendente a reservar cada vez maior número de cargos para a carreira. Nada tenho contra o corporativismo. Tenho a convicção de que as classes, como as pessoas, devem ocupar posições na Sociedade. Não concordo, entretanto, com o artifício de camuflar o corporativismo sob a máscara de patriotismo.

Aqui, os juízes assentam sua pretensão na falácia de que a manutenção do Quinto pode comprometer a independência do Poder Judiciário. Nem se preocupam com a notória tradição de independência, característica dos advogados brasileiros. Dizer que a forma de preencher o Quinto obriga os candidatos à submissão, perante integrantes do Tribunal e o Chefe do Poder Executivo, é laborar em meia-verdade. Com efeito, o processo de investidura no Quinto é um só. Não importa a vertente de que provêm o futuro membro do colegiado: todos eles são indicados ao Poder Executivo, pelo Tribunal onde existe a vaga. Agora mesmo, existe uma vaga no STJ, reservada a desembargadores federais. Com vistas nela, me têm visitado inúmeros integrantes desta altíssima categoria de magistrados. Todos eles manifestam a justa pretensão de serem escolhidos para integrar a Corte a que pertencem. Tais desembargadores são oriundos, alguns da magistratura, outros do Ministério Público Federal, outros mais da advocacia. Nenhum deles perdeu, perante mim, a compostura. De minha parte, jamais preocupei-me com a origem. Assim como meus colegas ministros, estou preocupado com a qualidade do trabalho desenvolvido pelos candidatos, com sua presteza no julgamento dos feitos, com a aptidão de conviver em colegiado e, sobretudo, com o trato que eles dispensam aos advogados. Tanta despreocupação assenta-se em uma certeza: não há diferença qualitativa entre juiz de carreira, advogado e promotor.

Tanta certeza provém de experiência montada em precedentes. Tomo como exemplos quatro magistrados fundamentais para a história recente de nosso Poder Judiciário: de um lado Victor Nunes Leal e Aliomar Baleeiro (nenhum dos dois foi juiz de carreira); de outra parte, Eduardo Ribeiro e José Nery da Silveira (ambos, magistrados de carreira).

A tese de que somente juiz de carreira assegura a independência de jurisdição agrade o Supremo Tribunal Federal. De fato, nossa Corte Suprema é composta por onze magistrados, dos quais, apenas dois foram juízes de carreira (ambos, absolutamente livres de *juizite*).

9. Concurso Público.

Outro argumento utilizado em favor da extinção dos décimos é o de que o sistema ofende o preceito constitucional que estabelece o concurso público, como inafastável requisito de acesso aos cargos públicos. Alguns defensores dessa tese – transcrevendo extensas “lições” de escritores estrangeiros - chegam a dizer que o art. 94 da Constituição Federal e todos os outros dispositivos constitucionais que tratam do “quinto” são inconstitucionais. É que a exigência de concurso público seria um dos princípios fundamentais da República (CF, art. 1º). Se assim ocorre, qualquer norma jurídica que dispense

o concurso é ineficaz, por inconstitucionalidade. Dentro de tal raciocínio, o art. 94 da Constituição Federal seria um dispositivo constitucional inconstitucional.

O argumento, **data venia**, transcende os limites da seriedade. Nem merece resposta. De qualquer sorte, vale observar que ninguém faz concurso para ser ministro ou desembargador. Os juízes prestam concurso para substitutos, daí em frente, por inércia, eles são investidos (sem concurso), em novo cargo e, eventualmente, ocupam cargo vago no Tribunal de Justiça. De acordo com a linha de raciocínio que resumi acima, as duas investiduras derivadas seriam nulas. Também o Procurador de Justiça, submeteu-se a concurso público, para promotor substituto. De seu lado, o advogado presta exame de ordem e se submete ao permanente concurso da militância; certame em que o menor descuido pode conduzir à morte profissional.

O argumento concursista leva a outras conseqüências, a saber:

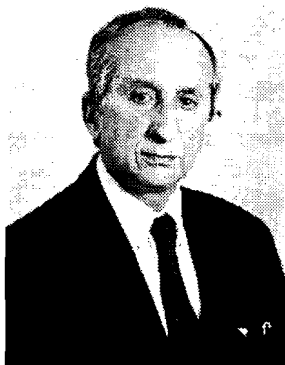
a) o art. 104 da Constituição Federal é inconstitucional, porque admite sejam investidos nos cargos do Superior Tribunal de Justiça juízes dos tribunais regionais federais, não especificamente concursados e, pior ainda, desembargadores e agentes dos Ministérios Públicos estaduais que, sequer prestaram concurso para o serviço público federal;

b) o Supremo Tribunal Federal – mais ainda que os tribunais superiores – estaria fulminado pela inconstitucionalidade.

10. Conclusão.

A inserção de advogados e agentes do Ministério Público nos tribunais é criação brasileira, cuja excelência é reconhecida internacionalmente. Não faz sentido extinguir o sistema, somente para satisfazer anseios corporativos.

Por outro lado, a expressão “quinto” já não expressa a realidade. Para traduzir com precisão a situação atual, melhor seria isolar as duas reservas, para denominá-las, respectivamente, “décimo dos advogados” e “décimo do Ministério Público”.



A Ética no Novo Código Civil

José Augusto Delgado

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1 - Introdução.

O mundo contemporâneo testemunha a preocupação constante dos doutrinadores jurídicos, políticos e sociais com a necessidade das relações do homem com os seus e do Estado com os seus administrados serem fortalecidas com a prática de condutas éticas.

Um dos grandes desafios do Século XXI, entre tantas outros que o cercam, é de evitar a falência do Estado e fazer com que o cidadão, em qualquer pólo do exercício de suas atividades familiares, religiosas, comerciais, industriais, profissionais, em sociedade ou quaisquer outras, seja súdito da legalidade e da moralidade.

A pretensão de se construir um mundo sem ética está levando a humanidade ao desespero numa economia aética, uma política aética, um direito aético só contribuem para que o comportamento humano fique oscilando entre o bem e o mal, constituindo uma instabilidade social que afronta a consciência moral de cada um e provoca insatisfação coletiva, fatores causadores da degradação.

A história relata que “os antigos gregos e romanos expressavam” os deveres éticos “*no tríptico preceito: ‘viver honestamente, ou seja, comportar-se na sociedade com lealdade e retidão’, ‘não causar danos aos outros’, e ‘dar a cada um o que é seu’.* Estes preceitos exprimem o mínimo de justiça, ao qual todo cidadão tem direito e sem o qual a convivência social fica gravemente comprometida”¹.

¹ CASO, Giovanni; PUSSOLI, Lafaiete. *Ética Social – a exigência ética de hoje*. In: *ÉTICA na virada do milênio: busca do sentido da vida*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 215-242

Os problemas vinculados à prática ética são universais. Há consenso de que a vida humana e a sociedade necessitam reformular os seus modos de agir para que, em todas elas, princípios éticos sejam seguidos com potencialidade e preponderância sobre quaisquer outros.

Urge que a ética esteja presente na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração (pública e privada), no esporte, na ciência, na economia, na comunicação, na religião e em outros setores.

O Estado, quando entrega a prestação jurisdicional, fazendo movimentar o Poder Judiciário, tem suas preocupações voltadas não somente para o comportamento ético dos seus juizes, dos seus promotores, dos advogados, dos serventuários, como também pelo conteúdo da mensagem contida na lei.

Isto porque *“a sociedade brasileira há muito já instituiu a serventia desses valores, pelo que, de uma maneira cada vez mais direta e atenta, vem reclamando dos dirigentes e autoridades uma conduta compatível com o mister de bem servir a coletividade”*, conforme doutrinou Marco Aurélio Mendes de Faria Mello².

A ética é delimitadora do comportamento humano, abrangendo a realidade que o cerca e influenciando a estrutura dos fatos e atos produzidos pelo cidadão.

Esta dirige os seus princípios para que o homem em sociedade plena e assentada em padrões que engrandecem o respeito que deve ter para com o seu semelhante, pouco importando o tipo de relação (jurídica, social, econômica, financeira, política, educacional, familiar) que está envolvida.

Os reflexos dessa imperatividade de conduta fortalecem as afirmações de Marco Aurélio de Faria Mello³, de que *“hoje em dia, não parece se mostrarem suficientes, aos olhos do povo, eventuais bons resultados da ação estatal, mensurados no âmbito da eficiência e eficácia e estampados em relatórios recheados de cifras e índices alentadores. Exige-se daqueles que personificam o Estado postura compatível com o múnus público. Há de se cumprir as leis, sim, mas à luz da ética como norte fundamental nas relações interpessoais”*.

Essa idéias que dominam o pensamento jurídico do mundo de hoje estão presentes no Novo Código Civil, cuja preocupação com a aplicação

² MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A ética nas funções de Estado. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 14455, 16 dez. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 1-2.

³ *ibid.*

de princípios éticos nas relações jurídicas de direito privado é revelada em vários dos seus artigos.

2 – Aspectos Estruturais, Filosóficos, Lingüísticos e Culturais do Novo Código Civil. A Ética na Aplicação das Cláusulas Gerais.

O exame detalhado e demorado dos 2046 artigos que compõem o Código Civil de 2002 revela, de imediato, que a sua estrutura filosófica está apoiada em quatro pilares básicos: eticidade, sociabilidade, operosidade e sistematicidade.

A eticidade é princípio que está posto no Novo Código Civil com grande intensidade, conforme será demonstrado mais adiante.

A opção pela sua efetividade e eficácia conduziu o legislador a fugir do exagerado formalismo do Código Civil de 1916 e pautou a sua conduta para inserir normas refletidoras da vinculação do homem na prática de suas relações privadas aos ditames dos valores constitutivos da boa-fé, da equidade, da justa causa e da dignidade.

Esses aspectos axiológicos estão plantados, intensa e definitivamente, no Novo Código Civil. Eles não podem ser ignorados, em nenhum momento, pelo intérprete e pelo aplicador das normas quando buscar compreendê-los em face de um caso concreto.

Uma nova ordem hermenêutica está configurada com a vigência do Código Civil de 2002, com pretensão de conferir ao juiz a atribuição de pautar as suas decisões com uma carga maior de valores éticos tendo “o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”⁴.

Interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente torne-se realidade.

A justiça, conforme o pensamento de Platão, é uma virtude suprema, como lembra Vicente de Paula Mendes, professor mineiro⁵. Este autor lembra, ainda, que o valor da justiça para Aristóteles, é “a mais” excelsa das virtudes morais, maravilhosas como Vésper, o astro da noite, ou como Vênus, a estrela da manhã. Cícero chamou a rainha e a Senhora de todas as virtudes. Santo Agostinho foi veemente “sem justiça a vida não seria possível e, se fosse, não mereceria ser vivida”.

⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9

⁵ MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação*: doutrina, legislação e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 46

O Novo Código Civil, ao determinar que a aplicação de suas normas siga, rigorosamente, os valores éticos, está contribuindo para:

a) que, como instrumento regulador dos fatos da vida individual e social do homem, sejam instaurados relacionamentos entre os cidadãos pautados na absoluta igualdade entre a prestação e a contraprestação entre o que se dá e o que se recebe; para

b) que o mérito e a dignidade sejam valorizados; e

c) que o direito privado abra caminhos para a realização do bem comum.

É expressiva, nesses aspectos de identificação das diretrizes teóricas do Novo Código Civil, a afirmação de Miguel Reale no sentido de se compreender “[...] *que a nova Lei Civil se distingue da anterior pela freqüente referência de seus dispositivos aos princípios de equidade, de boa-fé, de equilíbrio contratual, de correção, de lealdade, de respeito aos usos e costumes do lugar das convenções, de interpretação da vontade tal como é consubstanciada etc., sempre levando em conta a ética da situação, sob cuja luz a igualdade deixa de ser vista in abstracto, para se concretizar em uma relação de proporcionalidade*”⁶.

A sociabilidade, como segundo pilar do Novo Código Civil, caracteriza uma reação ao individualismo que marcou o Código Civil de 1916.

A função social das normas tem sido proclamada em quase todas as Constituições, a partir de Weimar. Na nossa Carta Magna de 1988, esse princípio está expresso nos arts. 5º, XXXII, e 170.

A adoção pelo Novo Código Civil do princípio da função social visa inserir nas relações de direito privado esse valor que se constitui como um dos objetivos fundamentais da República, conforme previsão do art. 3º, III.

É marcante essa característica do Novo Código Civil ao regular o contrato, a propriedade e a posse, conforme veremos adiante.

O Novo Código Civil está sustentado, ainda na força de sua operabilidade.

O legislador de 2002 concebeu o juiz como sendo, também, um operador do direito que tem a responsabilidade de emitir a sentença que dele espera o cidadão em estado de conflito. Por essa razão, a norma tem de se

⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. X

apresentar com conteúdo de operabilidade, isto é, que, além de existir, seja realmente, válida, eficaz e efetiva.

Inspira o Novo Código Civil a necessidade do Estado intervir, por via do Poder Judiciário, para que dificuldades testemunhadas no passado quanto a não executividade da discussão judicial sejam afastadas.

A respeito dessa característica do Novo Código Civil é salutar registrar o afirmado por Clayton Reis:⁷

“O Código introduziu novos conceitos de operabilidade para o Poder Judiciário, ao estender ao juiz mais poderes para atuar no processo, de forma mais ampla e livre, na busca efetiva da solução do conflito.”

A seguir, Clayton Reis⁸, lembra:

“O Novo Código Civil amplia, de forma considerável, os poderes dos juízes, como operadores do direito na sua essência, porque a realidade brasileira se encontra profundamente vivenciada nas decisões proclamadas pela Magistratura Nacional. Certamente, confere aos magistrados uma enorme responsabilidade na condução dos processos e no poder de restabelecer a ordem violada, de significação especial na estrutura organizacional, política, econômica e social do Estado.”

Por fim, o quarto pilar a sustentar o Código Civil é a sistematicidade.

A diretriz sistemática seguida pelo legislador contribui para que a estrutura codificada retrate uma unidade lógica e conceitual, facilitando compreensão integrada das regras que a compõe.

O Novo Código Civil apresenta-se em forma de sistema vinculado a dois pólos: um formado em eixo central; o outro concentrado em um sistema aberto.

O eixo central, como não poderia ser diferente, tem sua construção inspirada na Constituição Federal. As suas razões procuram florescer nos princípios da valorização da dignidade humana, da cidadania, da função social da propriedade, da ética nos negócios jurídicos, de respeito e da proteção à família, da valorização do trabalho e demais valores que contribuem para impor paz no ambiente social.

⁷ REIS, Clayton. *Inovações ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7

⁸ *ibid.*

Tendo-se a visão conjunta de que o Novo Código Civil atua por intermédio de duas soluções técnicas: a primeira consiste num chamado à responsabilidade da jurisprudência, pelo emprego de numerosas cláusulas gerais; já a segunda, diz respeito à tarefa do legislador, encarregado, para o futuro, de editar leis aditivas ao Código naqueles campos, como o Direito da Empresa e o Direito de Família, sujeitos à maior imutabilidade dos imperativos de ordem social e econômica, embora estejam estas futuras leis vinculadas ao Código, *“eixo central, pela ligação aos valores e aos conceitos genéricos ali postos como a função de assegurar a unidade relativa do sistema”*⁹.

O sistema aberto é retratado pela opção do legislador em adotar as denominadas cláusulas gerais ou abertas, as quais cabe ao juiz a responsabilidade de complementá-las e torná-las mensagens definidas em face de situações fáticas concretas.

Exemplo dessa técnica adotada pelo Novo Código Civil pode ser encontrado no teor dos artigos 12, 21, 187, 927 e seu parágrafo único e 944.

No artigo 12, encontramos a mensagem de que é possível “exigir que cesse a ameaça de lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo, de outras sanções previstas em lei”.

São amplos os termos do mencionado artigo, pelo que assume o juiz a responsabilidade de, em proteção ao direito de personalidade, determinar, quando provocado, não só a indenização por perdas e danos consumadas, mas, também, medidas coercitivas patrimoniais [...] preventivos em caso de simples ameaça ao direito de personalidade.

O artigo 21 determina: “a vida privada da pessoa é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O dispositivo supra visa fazer cumprir o art. 5º, X, da CF de 1988: A expressão “providências necessárias” é de natureza aberta. O juiz é quem vai definir qual o tipo de providência concreta será necessária adotar com força de fazer impedir ou cessar qualquer ato praticado por alguém contra a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural.

A norma não estipula qual será a providência a ser adotada. É evidente que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, atuará vinculado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, escolhendo providências capazes de cumprimento e sem causar maiores danos a quem for obrigado a executá-las.

⁹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 117

O artigo 187 explicita: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”

O ato ilícito cometido causador de dano gera reparação (art. 927).

A expressão “excede manifestamente os limites impostos” é de natureza indefinida. Vai caber ao juiz dizer, em face dos fatos que lhe foram apresentados, quando ocorre ação que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 187 acolhe a teoria do abuso de direito, seguindo postura de há muito adotada no Código Civil da Alemanha – BGB – art. 226.

É da responsabilidade, portanto, do juiz completar a intenção da norma, utilizando-se do seu prudente arbítrio. A ele caberá dizer se o ato ultrapassou os limites dos seus fins econômicos, sociais, ou, se feriu a boa-fé objetiva ou os bons costumes padronizados do ambiente social onde foi praticado.

O parágrafo único do artigo 927 impõe: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem*”.

O legislador adotou, no parágrafo citado, a teoria objetiva da responsabilidade civil, afastando a necessidade da culpa ser provada. A responsabilidade passa a ser derivada, unicamente, do fato humano provocado causador do dano.

O dispositivo em apreço ganha importância na medida em que não limita a responsabilidade objetiva somente às hipóteses definidas expressamente em lei.

Ele amplia a obrigação de reparação do dano, impondo responsabilidade por riscos que normalmente decorram de determinada atividade perigosa e com capacidade de promover vantagens.

O juiz, quando convocado para aplicar essa norma, tem de investigar, no caso analisado, se a atividade é realmente de risco. A ele caberá reconhecer se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

Lembra Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco¹⁰, que o mencionado parágrafo “*institui espécie de cláusula geral de responsabilidade*

¹⁰ *ibid.*, p. 128

objetiva a determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. No substrato dessa norma está a noção de estrutura social, tão cara a Miguel Reale, entendendo-se por esta um todo de valorações, determinado pela polarização de uma valoração-matriz, incompreensível em termos de mera causalidade, ou de puras relações formais”.

O artigo 944 determina que a “indenização mede-se pela extensão do dano”. Permite o seu parágrafo único que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

A lei não fixa os limites da extensão do dano. Caberá ao juiz defini-la e para tê-lo como parâmetro para fixação do **quantum** indenizatório.

A regra do parágrafo do artigo 944 aproxima-se do artigo 4594 do Código Civil Português: *“Quando a responsabilidade se fundar em mera culpa, poderá a indenização ser fixada, eqüitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica do lesado e as demais circunstâncias do caso a justifiquem”.*

É evidente que o juiz ao ser chamado a medir a extensão do dano para poder fixar o valor indenizatório vai atuar com base no “*princípio da proporcionalidade que domina o ordenamento jurídico em sua integralidade, apresentando-se mais propriamente como dever de proporcionalidade*”¹¹.

O Código Civil de 2002 adota, ainda, outros conceitos indeterminados nos artigos 251, parágrafo único (Caso de urgência); 188, II (perigo iminente, como excludente de ilicitude do ato); 2019 (divisão cômoda, como critério para alienação judicial de imóvel em condomínio que não o comportar); 1643, I (coisas necessárias à economia doméstica, que dispensam a autorização conjugal para serem compradas, ainda que a crédito); 581 (necessidade imprevista e urgente, como causa autorizadora da suspensão, pelo comodante, do uso e gozo da coisa emprestada). Esses conceitos legais indeterminados presentes no Novo Código Civil foram identificados por Nelson Neri Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹².

¹¹ *id. ibid.*

¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*: atualizado até 15.03.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 5

Os mesmos autores¹³ identificam, também, como exemplo de cláusulas gerais espalhadas no Novo Código Civil, as seguintes:

- a) a função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421);
- b) as partes terem de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade (art. 422);
- c) o ato ou negócio jurídico deve ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos (art. 187);
- d) a empresa dever atuar atendendo sua função social da propriedade; fixação da indenização razoável pela interrupção da empreitada (art. 623);
- e) atos de permissão e tolerância não induzem posse (art. 1208);
- f) exigência feita pelo pai ou filho, em decorrência do poder familiar, relativa a serviços próprios de sua idade e condição (art. 1634, III);
- g) o fato de o gestor de negócios responder por dano causado por caso fortuito, quando realizar operações arriscadas (art. 88);
- h) o dever de indenizar, objetivamente, sem dolo ou culpa, quando a atividade causadora do dano, por sua natureza, trazer risco para o direito de outrem (art. 927, parágrafo único).

Como examinado, o sistema adotado pelo Novo Código Civil foi o de privilegiar as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. Estes constituem fenômenos legislativos abertos, pelo que o juiz assume uma responsabilidade potencializada quando é chamado a aplicá-los em cada caso concreto, por lhe ter sido dada a responsabilidade de, em nome do Estado, complementar a norma.

Essa função do juiz há de ser desenvolvida com base nos princípios gerais de direito, nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente, valorizando o conteúdo ético que o Código exige na interpretação e aplicação das suas normas.

3 – Dispositivos do Novo Código Civil que Exprimem Conteúdo Ético.

A análise do Novo Código Civil revela a sua grande preocupação com a interpretação e aplicação de suas normas vinculadas a princípios éticos.

¹³ *ibid.*, p. 7

A eticidade tem a boa-fé como fundamento central e absoluto de suas normas, sem desmerecer a característica marcante de socialização que carregam.

Identificamos, no corpo do Novo Código Civil, nos dispositivos abaixo enumerados e comentados, expressões explícitas de eticidade.

O artigo 113 rege que *“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*.

A boa-fé, princípio ético, é exigida como sendo uma norma de interpretação dos negócios jurídicos. É um estilo exigido do intérprete e do aplicador da lei que não pode ser afastado. O dispositivo em apreço é de natureza cogente, imperativa, de obediência absoluta: *“os negócios jurídicos devem ser interpretados [...]”*. Não há como fugir da vinculação imposta a essa conduta pela lei ao intérprete.

O artigo 164 está presente a exigência do princípio da boa-fé a sua redação exprime o seguinte:

Art. 164:

“Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.”

Idem o artigo 422:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A boa-fé está, também, presente nos artigos a seguir enumerados:

a) Art. 765:

“Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

b) Art. 766:

“Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito a garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.”

c) Art. 879:

“Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.”

d) Art. 906:

“Art. 906. O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação.”

e) Art. 1.201:

“Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

f) Art. 1.202:

“Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

g) Art. 1.203:

“Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.”

h) Art. 1.214:

“Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.”

i) Art. 1.215:

“Art. 1.215. Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia.”

j) Art. 1.216:

“Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.”

k) Art. 1.217:

“Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.”

l) Art. 1.218:

“Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.”

m) Art. 1.219:

“Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.”

n) Art. 1.238:

“Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

o) Art. 1.239:

“Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

p) Art. 1.240:

“Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

q) Art. 1.242:

“Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

r) Art. 1.243:

“Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.”

s) Art. 1.255:

“Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.”

t) Art. 1.258:

“Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e

responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.”

u) Art. 1.259:

“Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abrangem o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.”

v) Art. 1.268:

“Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

§ 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

§ 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.”

x) Art. 1561:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

Os dispositivos supracitados deverão, imperativamente, ser interpretados com base na eticidade que caracteriza a atuação do ser humano plantada na boa-fé.

Nelson Neri Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴, apresentam no índice do referido livro, estudo comparativo da exigência do cumprimento da boa-fé em nosso ordenamento jurídico privado, considerando o Código Civil de 1916 e o atual Código Civil. O esquema apresentado pelos autores citados revela o quadro seguinte:

<ul style="list-style-type: none"> • Adquirente; na aquisição feita a non domino: art. 622, CC/1916 e art. 1.268, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Pagamento feito ao credor putativo: art. 934, CC/1916
<ul style="list-style-type: none"> • Adquirente; tradição: art. 622, CC/1916 e art. 1.268, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Posse; aquisição e conservação: arts. 490 e 491, CC/1916; arts. 1.201 e 1.202, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Alienação de imóvel indevidamente recebido: art. 968, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Posse; conceito: art. 490, CC/1916 e art. 1.201, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Casamento anulável contraído de boa-fé: art. 221, CC/1916 e art. 1.561, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Posse; conservação do caráter: arts. 491 e 492, CC/1916 e art. 1.202, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Cessionário: art. 1.072, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Posse; efeitos: arts. 510 a 516, CC/1916; arts. 1.214 e 1.219, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Construções e plantações em solo alheio: arts. 546 a 549, CC/1916 e art. 1.257, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Posse; quando se presume: art. 490, parágrafo único, CC/1916 e art. 1.201, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Contraentes: art. 1.321, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Presunção; quando há: arts. 490, parágrafo único e 492, CC/1916; art. 1.203, CC/2002
<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de seguro: arts. 1.443 a 1.446, CC/1916 e art. 765, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Terceiro que contrata com cônjuge não autorizado: art. 255, parágrafo único, CC/1916
<ul style="list-style-type: none"> • Credor: art. 933, parágrafo único, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Terceiro que contrata com insolvente: art. 112, CC/1916
<ul style="list-style-type: none"> • Dissolução da sociedade: art. 1.404, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Terceiro que contrata com o procurador após a revogação do mandato: art. 1.318, CC/1916
<ul style="list-style-type: none"> • Dívida de jogo: art. 1.477, parágrafo único, CC/1916 e art. 814, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Títulos ao portador: art. 1.507, CC/1916
<ul style="list-style-type: none"> • Especificador: art. 612, CC/1916 e art. 1.270, CC/2002 	<ul style="list-style-type: none"> • Usucapião: arts. 500, 551 e 618, CC/1916; art. 1.242, CC/2002

¹⁴ *id. ibid.*

<ul style="list-style-type: none"> • Manutenção de estabelecimento do insolvente: art. 112, CC/1916 	<ul style="list-style-type: none"> • Venda da coisa depositada pelo herdeiro do depositário: art. 1.272, CC/1916
--	---

A eticidade exigida pelo Código Civil de 2002 está, também, presente na parte do art. 422, ao exigir a obediência ao princípio da probidade, ao lado do da boa-fé, pelos contratantes quando da conclusão do contrato, e na sua execução.

A regra que exige a probidade na celebração dos contratos inspira-se na preponderância da moralidade nas relações obrigacionais. Reprimem-se, a exemplo do que já acontece nas relações de direito público, a improbidade nas relações jurídicas de direito privado.

A exigência de uma conduta ética nas relações de direito privado estão presentes, ainda, nos artigos 13, 122 e 187.

Eis o teor dos mencionados dispositivos:

a) Art. 13:

“Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.”

b) Art. 122:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

c) Art. 187:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Ultimamos essas observações sobre o princípio da eticidade no Novo Código Civil, registrando o que a respeito afirmam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco¹⁵:

“O princípio da eticidade servirá para aumentar o poder do juiz no suprimento de lacunas, nos casos de deficiência ou falta de

¹⁵ *op. cit.*, p. 64

ajuste da norma à especificidade do caso concreto. Para Reale a eticidade é o espírito do novo Código Civil, e esse espírito é o conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam.”¹⁶

A eticidade no Novo Código Civil visa imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado.

¹⁶REALE, Miguel. Visão geral do projeto do código civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 752, p. 22-30, jun. 1998. p. 28

Juizado Especial de Família (*)



Fátima Nancy Andrichi

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Constitui, para mim, honra e júbilo o fato de poder estar aqui e falar aos ilustres colegas do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

Perdoem-me a forma comum: mas minhas primeiras palavras são de agradecimento pela distinção do convite e pela hospitalidade com que sempre sou recebida nesta Casa de advogados.

Falar-lhes durante o almoço é uma temeridade porque, conforme o assunto, posso causar indignação.

Meditei acerca da forma mais amena para abordar tema tão caro como é o da Família, mas, infelizmente, devemos comentá-lo. Trata-se daquele que desnuda a alma, visto que só somos chamados a participar quando há o desmantelamento das relações familiares.

Contudo, mesmo sabendo do mal que posso causar, ousou tratá-lo neste momento, pois tenho a absoluta certeza que estou com as pessoas certas, no tempo certo e no lugar certo para chamar-lhes a atenção de que é no desamparo que grassa a família que está germinando a semente da violência que abraça o nosso País.

Quisera poder apenas lhes falar sobre fatos hilários ocorridos no dia-a-dia forense, amenidades, como por exemplo, ler uma petição e demorar cerca de duas horas para atinar que a “Carta da Primavera de 88” a que se refere o advogado, tratava-se da Constituição Federal, ou, então, deparar-se

(*) Palestra proferida no Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, em 28 de junho de 2002.

com uma certidão de oficial de justiça com esta descrição dramática da realização da diligência: *"Era uma ribanceira tão ribanceada que se estivesse chovendo e eu andasse a cavalo e o cavalo escorregasse, adeus oficial de justiça"*.

Ao longo dos quase sete anos de vigência da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, constatou-se a determinação e a habilidade dos Tribunais de Justiça Estaduais, os quais, com muita criatividade, foram aperfeiçoando e, porque não dizer, potencializando o seu conteúdo.

Sobre rodas, itinerante, de trânsito, do consumidor, do meio ambiente, em barcos, nas inóspitas regiões da Amazônia, os Juizados Especiais resistem, faça chuva ou sobre o vento. A criatividade mágica da legião silenciosa de juízes que neles opera muito tem feito para resgatar a cidadania dos excluídos e a imagem do nosso Judiciário. Atividades e resultados que nos encham de orgulho e que mostram a tão sonhada face humana do Judiciário.

Os ótimos resultados e as inúmeras vantagens obtidas com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Tradicional, sem dúvida, incentivaram os legisladores a transportarem a experiência bem sucedida para a Justiça Federal, instituindo, com a Lei nº 10.259, de 16.7.2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Amealhada a experiência necessária com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, somando-a aos Juizados Especiais Federais, sentimo-nos preparados para dar o mais significativo passo, isto é, investir na criação dos Juizados Especiais de Família.

É nova jornada e depende de uma verdadeira catequese. No entanto, nossa maior obrigação não é ver o que está embaçado ao longe, mas o que está bem nítido perto de nossa mão.

Um exemplo de esperança que está bem próximo a nós é aquele a que assisti no Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum do Recife, na Vara do Juizado Informal de Família, onde uma equipe de facilitadores, com visão interdisciplinar, de psicólogos, assistentes sociais e terapeutas familiares, agilizam e humanizam a atuação do Judiciário.

Tive a oportunidade de participar de uma sessão de sensibilização dirigida por uma psicóloga em sala adremente preparada para receber todos os casais que participariam da primeira audiência relativa ao seu processo de litígio familiar. O ambiente foi tratado com técnica da cromoterapia: iluminação diminuída, ar condicionado, música suave e transparências. Tudo isso para proporcionar o desarmamento dos espíritos em conflito.

A palestra da psicóloga visava conscientizar os casais de que problemas familiares devem ser resolvidos dentro da própria família e por seus integrantes.

O casal recebe informações acerca da complexidade e da demora na tramitação do processo e é incentivado à conciliação, porque com a discussão frente-a-frente, pode o casal sair dali, naquele mesmo dia, com a sentença. Além da economia financeira, há, principalmente, a emocional.

O desgaste psíquico provocado pelo ato de reviver situações conflituosas, por ocasião da audiência de colheita de provas, em muitos casos, acirra os ânimos, estimulando ímpetos de vingança e repercutindo desfavoravelmente nos filhos, que se vêem usados como “bala de canhão”.

O trabalho técnico da terapeuta procurou demonstrar que os erros e as queixas do passado devem ser deixados de lado. O importante, no momento, é como as partes queriam se organizar para o futuro, de modo que o estímulo à conciliação passasse, necessariamente, pela consciência de que cada um deve recuar um pouco para ambos avançarem.

Dessa forma, o casal é conduzido a priorizar a relação pai/mãe, ao invés da relação marido/mulher, – a valorizar o bem-estar dos filhos procurando garantir-lhes o direito a uma convivência tranqüila com ambos.

Todos sabemos que a psiquê humana ainda mantém muitos compartimentos inacessíveis. Há ressentimentos, frustrações, recalques, e tudo isso explica o comportamento das partes, que acaba ornando cada processo com características muito particulares. Com efeito, torna-se imprescindível que o juiz seja auxiliado com informações técnico-científicas capazes de trazer luz para que o julgamento seja justo e adequado.

O perfil do juiz que lida com conflitos de família precisa ser, necessariamente, moldado para que ele possa conscientizar-se da verdadeira postura que deve adotar diante desses conflitos: a de pacificador, de serenador de almas, despidendo-se, ao máximo, de atitudes moralistas ou, apenas, crítica.

Esse intento de modernização que permeia o Judiciário passa, necessariamente, pela transdisciplinariedade, isto é, pela exigência de se agregar o conhecimento de outras ciências à aplicação do Direito. Assim, o conflito familiar julgado pelo juiz, mas com elementos fornecidos por profissionais da área médico-psicossocial, promoverá, muito mais a contento, a paz na família.

Hoje, o modelo de processo oferecido aos cidadãos que recorrem ao Judiciário é o adversarial, o qual, inevitavelmente, causa aumento nos sentimentos de derrota e impotência, em face da sua própria vida.

A criação de um Juizado Especial de Família pressupõe uma mudança radical no modelo, quer de instalação física da Vara, quer, principalmente, de mudança de mentalidade dos profissionais que ali irão trabalhar.

O impacto do desmonte da família causa mágoas recíprocas e dores incomensuráveis, principalmente aos filhos que, a despeito da vontade dos cônjuges de dissolverem seus laços matrimoniais, não querem se separar de nenhum de seus pais.

O ato judicial de busca e apreensão de uma criança entenece o coração de todos aqueles que trabalham numa Vara de Família, tanto do juiz, que decide, quanto dos oficiais de justiça, que cumprem a ordem. A todos devemos propiciar orientação técnica especializada, e porque não dizer, também, preparo espiritual que os habilite a auxiliar os contendores, e igualmente amenizar os efeitos da gravidade da diligência, diminuindo o *stress* emocional sofrido no desempenho deste trabalho tão delicado.

Nessa mudança de comportamento, há que se incluir o advogado, imprescindível e importantíssimo personagem da cena judiciária. Ao se refletir sobre a sua função no mundo contemporâneo, observa-se que ela não é mais de beligerância, ou seja, não se pode ter como única solução, diante do relato de um problema jurídico, o imediato ajuizamento de uma ação.

Tanto o juiz como o advogado devem manter a postura de conciliadores, negociadores ou mediadores, contribuindo para tornar a cena judiciária mais humanizada e menos traumática, especialmente nos conflitos de família.

Deve o advogado tornar seu escritório um anteparo do Judiciário, investindo em sua habilidade para solucionar o maior número de conflitos possível, e só ajuizando ações quando tiverem sido esgotados todos os meios pacíficos de solução.

Com efeito, pensa-se que o Juizado Especial de Família deve ter uma estrutura física e de pessoal de forma que as partes, ao chegarem ao Tribunal, sejam recebidas ou encaminhadas para assistentes sociais, de quem receberão, de imediato, apoio técnico que possibilite sejam abrandadas as emoções que envolvem aquele momento. O ambiente tem que levar as partes ao diálogo amistoso e não à separação conflituosa.

O novo Juizado manteria o mesmo sistema judicial para resolver os conflitos de família, isto é, o do processo e do procedimento, salientando-se que o procedimento sumaríssimo, regulado pela Lei nº 9.099/95, demonstrou ser eficiente quando aplicado com rigorosa obediência aos princípios que

regem os Juizados Especiais, quais sejam: a simplicidade, a informalidade, a oralidade, a economia e a celeridade processuais.

Evidentemente que a adoção, no Juizado Especial de Família, de um único rito, o sumaríssimo para todos os tipos de conflitos nessa área, (separação judicial, separação de corpos, regulamentação de visita, investigação de paternidade, alimentos/revisionais, guarda de menores, busca e apreensão de criança, perda do pátrio poder etc.), facilitaria sobremaneira o trabalho de advogados e juízes.

Nesse sentido, antevemos um Juizado dotado de instrumentos processuais que assegurem a concessão de tutela cautelar e tutela antecipada, cuja execução esteja inserida no seu bojo, sem jamais olvidarmos que o direito em litígio é o mais importante e representa um dos mais complexos problemas pessoais da vida humana: o mais emocional e o mais romântico de todos os sonhos humanos.

No que concerne à competência, há de ficar expresso que a escolha do Juizado Especial de Família é opção do autor, ou de ambas as partes. Sugere-se que a competência seja fixada com observância ao limite de valor de bens. Assim, por exemplo, os Juizados Especiais de Família dariam guarida à separação de casais que possuíssem apenas um imóvel, submetido este a um limite valorativo de acordo com as peculiaridades de cada região. Manter-se-ia o sistema recursal mas, necessariamente, com a adoção de um instrumento de impugnação para as liminares concedidas.

É bom lembrar sempre, que devemos proteger privilegiadamente as questões de família e menores, no sentido de assegurar a tutela efetiva dos altos valores em conflito, procurando evitar que esses se frustrem por exigências de caráter formal. Saliente-se que é só no direito substantivo que encontramos o terreno fértil para a atuação dos poderes eqüitativos.

Para concluir, tenho a certeza de que a proposta aqui lançada, além de dar mais agilidade ao Judiciário, visa, prioritariamente, atender os mais comezinhos anseios do ser humano de amor e de convivência pacífica, reduzindo, na origem, os focos de violência, porque é inegável que a desestruturação familiar é, repito, um dos primeiros desencadeadores da violência.

Temos perfeita noção do quanto esse sonho que hoje lhes trago, de instituição de Juizados Especiais de Família, possa causar perplexidade aos operadores do Direito, mas sonhar com a Justiça ideal faz parte do cotidiano do juiz brasileiro, e é o que nos mantém esperançosos e com a chama acesa do compromisso que nos une, como expressam os versos do poeta venezuelano Andrés Eloy Blanco: *"A hora da justiça espera a si mesma. Entre minutos de*

angústia e um horário de esperança. É uma hora que soa com periodicidade na consciência dos nossos povos. E somos chamados a impedir que se perca no rodameio das paixões, como o olhar de uma criança atrás da borboleta esquiva."

Agradeço pela paciência com que me ouviram, destaco, mais uma vez, a relevância da semente que hoje planto em seus corações, ao invitar os integrantes de todos os segmentos que operacionalizam o Poder Judiciário para, com intrepidez, abalçarmo-nos na abertura de novas portas para tutelar a criatura humana, razão e destinatário único da prestação dos serviços judiciários, ao pleno e total acesso ao Poder Judiciário, nunca olvidando que nas questões de família, os prazos processuais jamais correspondem aos prazos emocionais.

Muito Obrigada.



Das Relações de Parentesco, da Filiação e do Reconhecimento dos Filhos (*)

Domingos Franciulli Netto
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. **Noções Gerais sobre o Parentesco.** 1.1. Conceito. 1.2. Espécies e Terminologia. 1.3. Parentesco Legal e Parentesco Real. 1.4. Esquema Gráfico e Modo de Contar o Grau de Parentesco. 1.5. Parentesco Natural e Parentesco Civil (art. 1.593). 1.6. Parentesco por Afinidade. 1.7. Inexistência de Parentesco entre os Cônjuges. 1.8. Parentesco na Legislação Brasileira. 1.9. Breves Noções Acerca do Parentesco no Direito Comparado.
2. **Da Filiação.** 2.1. Conceito e Presunção Legal. 2.2. Técnica de Reprodução Assistida. 2.3. Contestação da Legitimidade: Titularidade – Casos de Contestação – Prazo Prescricional – Elementos de Prova. 2.4. Prova da Filiação. 2.5. A Extinta Figura da Legitimação.
3. **Do Reconhecimento dos Filhos.** 3.1. Conceito e Espécies. 3.2. Natureza Jurídica. 3.3. Contestação da Maternidade Constante do Registro de Nascimento. 3.4. Reconhecimento de Nascituro e de Filho Falecido. 3.5. Reconhecimento de Menores e Prazo para Impugnação. 3.6. Formas pelas quais Pode ser Feito o Reconhecimento. 3.7. Residência e Guarda do Filho Reconhecido. 3.8. Posse de Estado de Filho. 3.9. Investigação de Maternidade e de Paternidade.

1. Noções Gerais sobre o Parentesco.

1.1. Conceito.

Comece-se pela origem etimológica de parentesco e parente, perlustrada por Rubens Limongi França, **in verbis**: “*Parentesco’ vem de parente. Parente, do latim **parens-tis**; participio presente do verbo **pario-ere**, que quer dizer **parir, dar à luz, gerar**”¹.*

(*) Artigo publicado no livro:

O NOVO código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. 1423 p.

Adotados como ponto de partida e atualizados os precisos conceitos formulados, entre outros, por Pontes de Miranda² e por Maria Helena Diniz³, tem-se que parentesco é a relação que vincula as pessoas por: descendência umas das outras ou de um só tronco; casamento ou união estável; adoção; e, finalmente, filiação social.

1.2. Espécies e Terminologia.

O parentesco pode ser: a) consangüíneo ou natural, o que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras em linha reta (art. 1.591/art. 330 CC 1916)⁴, ou provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, em linha colateral ou transversal (art. 1.592/art. 331 CC 1916)⁵; b) afim, o que aproxima cada cônjuge ou companheiro⁶ (convivente)⁷ aos ascendentes, aos descendentes ou aos irmãos do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º/art. 334 CC 1916)⁸; c) civil, o proveniente da adoção (art. 1.593/art. 330 CC 1916)⁹; d) pela filiação social (arts. 1.593 e 1.597, V)¹⁰.

O parentesco oriundo da adoção é um parentesco civil, **ex vi legis**. Na dicção de Washington de Barros Monteiro, esse parentesco “é o criado pela

¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*: todo o direito civil num só volume. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 329

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974-. t. IX, § 946, p. 3

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 1995-1997. v. 5, p. 297

⁴ Foi mantida a redação anterior, com pequena alteração gráfica: foram excluídas as vírgulas da expressão *em linha reta*.

⁵ Na mesma acepção, emprega-se também a expressão “em linha oblíqua”. A novidade é a limitação do parentesco colateral até o quarto grau; antes, era até o sexto grau. Foram, igualmente, erradicadas as vírgulas da expressão *em linha colateral*.

⁶ Termo usado pela Lei nº 8.971, de 20.12.1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão. Na redação anterior do Projeto do CC, figurava a expressão convivente, mais expressiva e significativa no campo do Direito de Família. A redação final do texto, elaborada pela Câmara dos Deputados, contudo, substituiu convivente por companheiro. Louvável a proscricção das expressões “concubinato” e “concubino”, pois uma e outra não se acadriram com o conceito de união estável.

⁷ Palavra empregada pela Lei nº 9.278, de 10.5.1996, que regula o § 3º do art. 226 da CF; *Convivenza more uxorio* e *convivente* são expressões correntes no Direito italiano.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. 5. ed. Padova: Cedam, 1997. art. 74, p. 277

⁸ O art. 334 CC 1916 limitava-se ao **caput**. Quanto a este, veio a adir a alternativa cônjuge ou companheiro, além da adjunção de dois parágrafos: o primeiro, a limitar a afinidade aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro; o segundo, a dispor que a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

⁹ Não há propriamente art. correspondente ao CC 1916. Neste, o art. 336 cingia-se a restringir o parentesco da adoção entre o adotante e o adotado. O novo dispositivo contrapõe o parentesco civil ao natural: o último é resultante da consangüinidade; o primeiro, de outra origem, **id est**, da adoção ou da procriação assistida na modalidade de inseminação heteróloga.

¹⁰ Oriunda da inseminação heteróloga. Ver parte final da nota 9.

*lei através do instituto da adoção*¹¹. Entre os autores alienígenas, conceituam esse parentesco como legal Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon, **in verbis**: “*la doctrina admite la existencia de un parentesco legal (omissis) nacido de la adopción*”¹². Não há olvidar, todavia, que o parentesco legal não é exclusivo da adoção, pois, como aponta Orlando Gomes, “*a afinidade se estabelece por determinação legal*”¹³.

É de autoria de Caio Mário da Silva Pereira a expressão filiação social¹⁴, ligada à inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V).

Para fins exclusivamente didáticos e históricos, até o advento da atual CF, o parentesco natural, também chamado consanguíneo, subdividia-se em legítimo ou ilegítimo. Legítimo, se procedente do casamento; ilegítimo, o que provinha de ascendência comum, mas originada de relação não-matrimonial.

À luz do Direito positivo atual, não se pode mais cogitar de parentesco legítimo e parentesco ilegítimo, uma vez que a Constituição de 1988 veda “*quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*” (art. 227, § 6º). Daí por que há quem prefira, como João Baptista Villela, designar a filiação como matrimonial ou não-matrimonial, o que não arranharia a proibição constitucional¹⁵.

Presentemente sem respaldo legal, a doutrina, antes, com lastro e a partir do art. 332 do CC 1916¹⁶, entre outros, destringia o parentesco ilegítimo em natural e espúrio; o primeiro, derivado de pessoas que não estavam impedidas de casar¹⁷; o espúrio, de pessoas impedidas de casar, a comportar duas categorias: o adúlterino e o incestuoso. Aquele, concernente à união de pessoas casadas com terceiro (uma delas ou ambas), na constância da sociedade conjugal; incestuoso, o que brotava da união de pessoas impedidas de casar, por parentesco próprio. O Direito canônico também prevê o sacrílego, o derivado do congresso de pessoas que formularam votos religiosos¹⁸.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1996-. v. 2, p. 235

¹² DIEZ-PICAZO, Luís; GULLON, A. *Sistema de derecho civil*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1995-. v. 4, p. 45

¹³ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 311

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5, p. 173

¹⁵ *apud* DINIZ, *op. cit.*, p. 298

¹⁶ Rezava o art. 332: “*O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção*”.

¹⁷ “*Ex soluto et soluta*”.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1960. v. 2, art. 332, p. 229

¹⁸ FRANÇA. *op. cit.*, p. 330

Disserta Caio Mário da Silva Pereira “*que algumas denominações devem ainda ser lembradas pela freqüência de sua utilização. Chamam-se irmãos germanos os filhos dos mesmos pais; unilaterais os que o são por um só deles, a saber: uterinos, os filhos da mesma mãe e pais diversos; consangüíneos, os filhos do mesmo pai, e mães diferentes*”¹⁹.

Repercuta no Direito das Sucessões a distinção entre irmãos bilaterais e unilaterais²⁰. Em matéria de alimentos, o CC agasalha a expressão germanos. Estes, assim como os unilaterais, são responsáveis pela obrigação alimentar, na hipótese prevista no art. 1.697.

Na linha transversal, colateral ou oblíqua, Maria Helena Diniz, com remissão às lições de Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, alude ao parentesco duplo, para a hipótese dos duplamente primos, ou seja, primos por parte de pai, e, a um tempo, por parte de mãe²¹.

É interessante abrir um parêntese para dizer que o CC argentino abriga distinções desse jaez²², aliás, encontradiças no meio forense e mesmo no linguajar comum.

Retomando a lição supra, adverte o festejado autor de “Instituições de Direito Civil” que, “*não obstante as classificações tradicionais, a Constituição de 1988 estabeleceu que os filhos havidos ou não de relações de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Não haverá, portanto, distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, para efeito de atribuição de direitos e benefícios*”²³.

Conceitua Zeno Veloso que a filiação é natural quando se cuida de procriação, derivada da consangüinidade²⁴. Melhor assim, porque o parentesco anteriormente qualificado de legítimo também não deixava de ser parentesco natural. Seja como for, no entanto, era o enunciado do art. 332 CC 1916 postergado do sistema jurídico positivo pelo art. 227, § 6º, da CF. Mesmo que a Carta Política de 1988 assim não tivesse disposto, o art. 332 em exame acabaria revogado por lei ordinária²⁵.

¹⁹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 173

²⁰ Cf., p. ex., os arts. 1.841, 1.842 e 1.843, §§ 2º e 3º.

²¹ DINIZ, *op. cit.*, p. 3305

²² “Art. 360. Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, o de la misma madre pero de padres diversos. Art. 361. Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos”.

²³ PEREIRA, *op. cit.*, p. 173

²⁴ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 7

²⁵ Lei nº 8.560, de 29.12.1992, sobre investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

1.3. Parentesco Legal e Parentesco Real.

É curial que as expressões parentesco e família, via de regra, são indissociáveis.

“A idéia mais exata de família encontramos em Manuel de Almeida e Sousa (Notas de Uso Prático), que dá a seguinte definição ou conceituação, despreziosa, simples, mas muito exata: Esta palavra família, em um sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e, tomada em um sentido geral, compreende todos os parentes”, na preleção do saudoso Agostinho Alvim²⁶.

No Direito de Família alemão, como se colhe do escólio de Wilfried Schlüter, *“família pode ser uma vez entendida como grande família, ou seja, como comunidade de todos os parentes consangüíneos. Ela é tomada como princípio pela lei, nos §§ 1.601 ff, 1.589 BGB sobre a obrigação de pensão entre parentes e nos §§ 1.924 ff BGB sobre a sucessão legal. Mas família também pode ser entendida como pequena família no sentido de uma comunidade doméstica de pais e filhos. As mais importantes disposições jurídicas sobre direito de família no direito vigente dizem respeito à pequena família, por exemplo: as disposições sobre o direito do casamento (§§ 1.297-1.588 BGB) e sobre a relação jurídica entre pais e filhos (§§ 1.616 ff. BGB). Também a proteção constitucional do art. 6º BGB diz somente respeito à família unida nos estreitos círculos da comunidade doméstica”*²⁷.

O CC suíço, para a obrigação de alimentos, vale-se do termo *comunidade familiar*, a abarcar os parentes consangüíneos na linha ascendente ou descendente e os irmãos²⁸. Demarca esse mesmo estatuto a bitola em que se encaixa a autoridade doméstica, que *“se estende a todas as pessoas que, na qualidade de parentes consangüíneos ou afins, ou, com fundamento em contrato, como serviçais, aprendizes ou oficiais ou em outra posição semelhante, vivem na comunidade doméstica”*²⁹.

O parentesco real fornecido pelos estudos de genealogia não limita os graus de parentesco na linha reta. No particular, parentesco real e parentesco legal confundem-se. O Direito, de modo geral, não precisa preocupar-se com isso: ascendentes e descendentes são sempre parentes até o infinito. A natureza encarrega-se de fazê-lo: pai (filho), avô (neto), bisavô (bisneto), trisavô (trineto), tetravô (tetraneto) etc. Na linguagem vulgar, costuma-se suprimir o trisavô, ao passar-se do bisavô ao tetravô (“tataravô”). O

²⁶ “Postilas de Direito de Família e Sucessões”, das aulas proferidas por Agostinho Alvim aos alunos da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP. 1964, fl. 4.

²⁷ SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família*. Tradução de Elisete Antoniuk. 9. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 55. *et seq.*

²⁸ Arts. 328 e 329 do CC suíço.

²⁹ CC suíço, art. 331, segunda parte.

bisneto ser contemporâneo do bisavô já é raro; quanto mais o trineto, do trisavô, pelo menos até a aurora deste século XXI.

Permanece ainda acesa, como fonte inesgotável de consulta dos cultores do vernáculo, a célebre polêmica travada entre Ernesto Carneiro Ribeiro³⁰ e Rui Barbosa. Interessa particularmente aqui a veemente redarguição de Rui, em defesa do emprego da palavra *pai* em vez de *progenitor*³¹ na redação do art. 391 do CC 1916, para arredar a ambigüidade de sentido, uma vez que progenitor ora é empregado com o significado de pai, ora com o de avô e até de ascendentes mais remotos.

Assim espoliou o ilustre juriconsulto e político baiano a diferença entre os substantivos que pudessem ser abrigados: *“Não atentemos contra as riquezas de nosso idioma. Nele existem os substantivos genitor, primigenitor e progenitor. Genitor é exclusivamente o pai. Primigenitor é o ascendente, em que se acha a primeira estirpe do tronco ancestral, o mais remoto dos maiores, a origem da família, o seu genearca. Da palavra usou Vieira (Sermões, v. III, p. 130). Progenitor, enfim, era nativamente, e por largo tempo foi o avô, qualquer dos ascendentes, com exclusão do pai, exclusão, que, com o curso dos anos, por influxo da analogia, da liberdade literária e da inadvertência vulgar, acabou por desaparecer”*³².

De igual sorte, a pesquisa genealógica é capaz de individualizar parentes reais longínquos na linha colateral. Mas nesta intervém o legislador: nem todos parentes reais são parentes legais.

A alteração digna de nota é a limitação do parentesco colateral até o quarto grau (art. 1.592), o que se concilia com o art. 12, parágrafo único³³, e com o art. 1.839³⁴.

Antes, era até o sexto grau (art. 331 CC 1916). Aliás, o parentesco até o sexto grau apenas tinha razão de ser quando da promulgação do CC 1916, oportunidade em que a herança legítima chegava até o sexto grau. Mas,

³⁰ Professor jubilado do Ginásio da Bahia.

³¹ O termo “progenitor” é usado no CC português. Art. 1.581. 1. *“Na linha reta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluído o progenitor. 2. Na linha colateral os graus contam-se pela forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, mas sem contar o progenitor comum.”*

³² BARBOSA, Rui. *Réplica de Rui Barbosa, às defesas da redação do Projeto de Código Civil Brasileiro, na Câmara dos Deputados - 1904*. Rio de Janeiro: OAB, Conselho Seccional, 1980-. v. 1, p. 317

³³ *“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.*

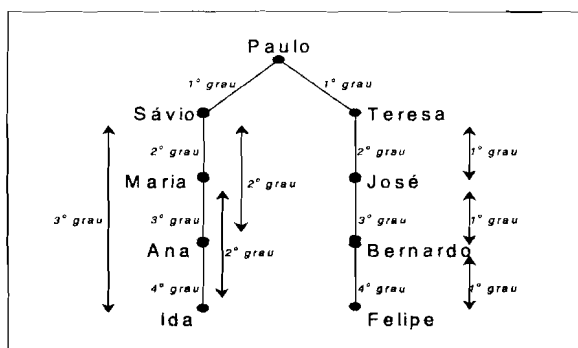
³⁴ *“Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.*

por lei posterior, estabeleceu-se que a herança apenas poderia espalhar-se até o quarto grau (art. 1.612 CC 1916)³⁵.

A única eficácia legal remanescente do art. 331 do CC 1916, quanto aos parentes de quinto e sexto grau, depois de revogado o art. 1.612 do diploma pretérito, na ensinância de Agostinho Alvim, era a que conferia a esses parentes legitimidade para requererem medidas em favor do menor contra o pai ou a mãe por abusos do então chamado pátrio poder³⁶, hoje poder familiar.

1.4. Esquema Gráfico e Modo de Contar o Grau de Parentesco.

A contagem de graus de parentesco em linha reta dá-se pelo número de graus ou gerações (art. 1.594 CC/art. 333 CC 1916). As pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes, ou vice-versa, são sempre parentes, estejam próximas ou distantes em graus. Conquanto não haja limitação em graus, porque tal ocorre por força da natureza, como já foi visto, os graus podem ser contados porque os parentes mais próximos precedem aos mais remotos, para apuração de direitos e obrigações, como regra³⁷, a comportar, v.g., a exceção do art. 12, parágrafo único, a legitimar qualquer parente em linha reta para a medida prevista no **caput**.



Como se vê no esquema supra, a contagem de graus conta-se de pessoa a pessoa, menos um. Paulo é pai de Sávio e Teresa (1º grau); avô de Maria e José (2º grau); bisavô de Ana e Bernardo (3º grau); e trisavô de Ida e

³⁵ Sobre as alterações sofridas pelo art. 1.612 do CC 1916:
NEGRÃO, Theotonio (Org.). *Código civil e legislação civil em vigor*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
Nota 3 ao art. 1.612, p. 297

³⁶ ALVIM, *op. cit.*, p. 299

³⁷ Cf., p. ex., arts. 1.696 e 1.697.

Felipe (4º grau). Teresa é mãe de José (1º grau) e avó de Bernardo (2º grau) etc.

Na linha colateral ou transversal, partindo-se do parente cujo grau de parentesco se pretende determinar, sobe-se em linha reta, contando cada degrau ou grau, até o ascendente comum, descendo depois até o paradigma (art. 1.594 CC/art. 333 CC 1916). No gráfico acima, por exemplo, Sávio e Teresa são parentes em segundo grau (irmãos); Sávio e José são parentes em terceiro grau (tio e sobrinho). Sávio e Bernardo são parentes em quarto grau (tio-avô e sobrinho-neto).

A denominação que interessa ao Direito, na linha colateral, é a que vai até o quarto grau: irmão, primo, tio, sobrinho, tio-avô e sobrinho-neto.

Na contagem do parentesco por afinidade, procede-se da mesma forma, apenas superpondo-se esquematicamente a posição do cônjuge ou companheiro no lugar ocupado naturalmente pelo outro, com a observação de que esse parentesco encontra-se estremado pelo art. 1.595, § 1º.

1.5. Parentesco Natural e Parentesco Civil (art. 1.593).

Em recordação do que já foi ventilado, tem-se que o parentesco pode ser: a) natural ou consanguíneo, o que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras em linha reta (art. 1.591/art. 330 CC 1916), ou provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, em linha colateral ou transversal (art. 1.592/art. 331 CC 1916); b) civil, o proveniente da adoção (art. 1.593/art. 330 CC 1916), ou da filiação social (arts. 1.593³⁸ e 1.597, V).

Tais ligeiras noções foram de novo chamadas à colação para explicar que o parentesco civil merecerá considerações nos lances próprios, seja o decorrente da adoção, seja o da inseminação artificial heteróloga (filiação social).

³⁸ A Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (JDC/CEJ-CJF), no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação geral do Ministro Milton Luiz Pereira e coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ambos do STJ, a respeito do tema deste item apresentou o enunciado nº 103, a seguir transcrito: "103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho".

1.6. Parentesco por Afinidade.

Entende-se por parentesco por afinidade³⁹ aquele que une cada cônjuge ou companheiro (convivente) aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do outro (art. 1.595, §§ 1º e 2º).

A afinidade dá-se em linha reta ou em linha colateral, limitada a última aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.595, §1º), com a observação de que não se extingue a afinidade em linha reta (ascendentes/descendentes) com a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, § 2º).

O art. 139-A do Regimento Comum do Congresso Nacional, introduzido por força da Resolução-CN nº 01/2000, de 31.1.2000, dispõe: “o projeto de código em tramitação no Congresso Nacional há mais de três legislaturas, será, antes de sua discussão final na casa que o encaminhará à sanção, submetido a uma revisão para a sua adequação às alterações constitucionais e legais promulgadas desde sua apresentação”.

Com base nesse dispositivo regimental, na revisão final da redação do texto, na Câmara dos Deputados, foi acrescentado “ou companheiro”. Igualmente, no parágrafo 1º, na parte final, também deu-se a adição da alternativa “ou companheiro”, na mesma casa legislativa. Finalmente, ainda na revisão final do texto, no parágrafo 2º, ocorreram duas alterações: a expressão “dissolução da sociedade conjugal” foi substituída por outra, ou seja, “dissolução do casamento”, e, por outro lado, foi incluída a cláusula “ou da união estável”.

Em decorrência disso, em erudito artigo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama enxerga a ocorrência de inconstitucionalidade formal nas alterações redacionais supra mencionadas, uma vez que, para tanto, não houve aprovação pelo Senado Federal⁴⁰.

Em que pese ao respeito devido à douta argumentação, no magistério de Alexandre de Moraes, o Excelso Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente as normas do processo legislativo abrangidas na CF (arts. 59 a 69) dão ensejo à alegação de inconstitucionalidade formal, uma vez que a infringência de normas meramente regimentais é tida por assunto **interna corporis**, não suscetíveis de apreciação judiciária⁴¹. Escusado dizer que essas

³⁹ Eduardo Espínola apresenta como sinônimo de afinidade a palavra aliança, louvado, ao que parece, na redação do art. 334/CC 1916.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001. p. 489

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIREITO de família e o novo código civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 88-118, particularmente p. 110-113.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 598

modificações se acadriram com as alterações constitucionais e legais que vieram a lume desde a apresentação do projeto que vingou no atual Código Civil, razão pela qual não há cogitar, outrossim, de inconstitucionalidade substancial.

O art. 334 do CC 1916 cingia-se a rezar que “*cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade*”.

Há simetria entre o parentesco por afinidade com o parentesco consangüíneo para a contagem e discriminação de linhas, graus e espécies. “*Na reta ascendente*” – na vereda dos ensinamentos de Washington – “*estão sogro, sogra, padraсто e madraста, no mesmo grau que pai e mãe. Serão eles, destarte, afins em primeiro grau. Na linha descendente encontram-se genro, nora, enteado e enteada, no mesmo grau de filho ou filha; serão eles, portanto, igualmente, afins de primeiro grau*”⁴².

Na linha colateral, em decorrência do casamento ou de união estável, torna-se uma pessoa afim com os irmãos do cônjuge ou companheiro. Uma pessoa, por força do matrimônio ou de união estável de um irmão seu, p. ex., passa a ter afinidade com essa pessoa a quem seu irmão tomou como mulher ou companheira.

Na esteira da tradição do nosso Direito, deriva a afinidade do matrimônio válido⁴³; e, agora, também, da união estável (art. 1.595, §§ 1º e 2º).

Circunscreve-se a afinidade apenas entre os parentes consangüíneos do cônjuge ou companheiro e os parentes consangüíneos do outro cônjuge ou companheiro. A afinidade é um vínculo estritamente pessoal, na medida em que os afins de um cônjuge ou companheiro não são afins entre si⁴⁴. “*Logo*” – conclui Maria Helena Diniz –, “*não há afinidade entre concunhados*”⁴⁵. Com a dissolução do vínculo que unia os cônjuges ou companheiros, desaparece a afinidade na linha colateral, ao reverso do que acontece em linha reta, de sorte que, do ponto de vista legal, desaparece o cunhadio.

Deveras, “*o casamento entre cunhados, que o foram, não está proibido*”, na doutrina de Orlando Gomes. “*Assim não é em direito canônico, mas o impedimento pode ser dispensado. No Deuteronomio se estabeleceu o levirato, que obrigava o cunhado a casar-se com a viúva do irmão. No Direito*

⁴² MONTEIRO, *op. cit.*, p. 235

⁴³ “*O casamento putativo*” – como pontifica Orlando Gomes – “*não gera afinidade, uma vez que a boa-fé somente produz efeitos em relação ao cônjuge e à prole, jamais a respeito de terceiros*” (*op. cit.*, p. 318).

⁴⁴ Orlando Gomes: “*adfinis inter se non sunt adfinis*” (*id. ibid.*); Washington: “*affines inter se non sunt affines*, porquanto *affinitas non parit affinitatem*” (*loc. cit.*).

⁴⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 298

moderno, não se faz qualquer distinção entre matrimônio do viúvo e da viúva com o cunhado, visto não sobreviver a afinidade ao óbito do cônjuge”.

“Constitui incesto o casamento entre afins na linha reta, mas, tão-somente” – prossegue o civilista baiano –, “para determinar sua nulidade. Não é incestuoso o matrimônio de cunhados”.

Remata a douta lição:

*“Além de impedir o matrimônio, produz a afinidade outros efeitos, dentre os quais sobressaem a obrigação recíproca de alimentos e o direito de promover a interdição. Restrições têm, entretanto, sido admitidas, como, por exemplo, a de que os alimentos não se devem após a morte do cônjuge que é causa da afinidade e as segundas núpcias da sogra. No direito processual, o vínculo influi, quer para o testemunho, quer para o julgamento da ação. No direito eleitoral, gera inelegibilidades; a afinidade não tem influência alguma sobre direitos sucessórios – **adfinitates jure nulla successio permittitur**”⁴⁶.*

A exemplo do que ocorre com o parentesco natural ou civil (art. 1.521, I/art. 183, I, CC 1916), não podem casar os afins em linha reta (art. 1.521, II/art. 183, II, CC 1916).

1.7. Inexistência de Parentesco entre os Cônjuges.

Defende Rubens Limongi França⁴⁷ a orientação no sentido de que marido e mulher são parentes um do outro, ligados pelo vínculo da afinidade.

A corrente doutrinária majoritária, no entanto, inclina-se em sentido oposto. Entre os juristas de primeira linha, que comungam desse pensamento, podem ser lembrados Orlando Gomes⁴⁸ e Washington de Barros Monteiro, cuja lição é de todo convincente: *“...cumpre ainda acentuar que o cônjuge não é afim; como ensina Lomonaco, entre os cônjuges há relação muito mais estreita do que a afinidade e o próprio parentesco; **inter conjuges est communio**. Os antigos exprimiam vigorosamente essa mesma idéia com a frase: **uxor non est affinis, sed causa adfinitatis**”⁴⁹.*

1.8. Parentesco na Legislação Brasileira.

São inúmeros os efeitos da relação de parentesco no Direito positivo brasileiro:

⁴⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 319, *et seq.*

⁴⁷ FRANÇA, *op. cit.*, p. 334

⁴⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 320

⁴⁹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 241

Constituição Federal de 1988: inelegibilidades (art. 14, § 7º); entidade familiar (art. 226, § 4º); paternidade responsável (art. 226, § 7º); proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º); e deveres recíprocos entre pais e filhos (art. 229).

Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.1.1973): impedimento (arts. 134, IV e V, e 136 a 138, 405, § 2º, I, 741, VII, 756, I, c/c 741, VII, e 742)⁵⁰; segredo de justiça (art. 155, II); nojo impediante de citação (art. 217, II); depoimento (art. 347, parágrafo único); e medidas provisionais (art. 888, II, III, IV, V e VII).

Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940, de acordo com a reforma da Lei nº 7.209, de 11.7.1984): infanticídio (art. 123); exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134); seqüestro e cárcere privado – aumento de pena (art. 148, § 1º, I); dos crimes contra o patrimônio – isenção de pena (art. 181, II); ação mediante representação (art. 182, II e III); dos crimes contra os costumes – ação penal exclusivamente mediante queixa (art. 225); por meio de ação pública (art. 225, § 1º, I); por ação pública condicionada (art. 225, § 2º); mediação para servir a lascívia de outrem – forma qualificada (art. 227, § 1º); supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (art. 242); sonegação de estado de filiação (art. 243); abandono material (art. 244); entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245); abandono intelectual (art. 246); e induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248).

Código de Processo Penal (Dec.lei nº 3.689, de 2.10.1941): depoimento de testemunha – recusa (art. 206); impedimento ou suspeição do juiz decorrente de parentesco (art. 255); impedimentos do juiz (arts. 252, I e IV); juízes parentes em colegiado (art. 253); impedimentos do juiz, órgão do Ministério Público, serventuários ou funcionários da Justiça e os peritos ou intérpretes (art. 112); impedimentos de órgãos do Ministério Público (art. 258); impedimentos para servir no conselho do júri (art. 462).

Legislação eleitoral (Lei Complementar nº 64, de 18.5.1990): inelegibilidade (art. 1º, § 3º).

Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais (Lei nº 8.112, de 11.12.1990): licença por motivo de saúde em pessoa da família (art. 83); ausência de serviço justificada relacionada com o parentesco (art. 97, III, “b”); licença (art. 102, VIII, “a”); proibições por causa de parentesco (art. 117, VIII e XI)⁵¹; proteção previdenciária e benefícios (art.184, II, 185, I, “b” e “e”,

⁵⁰ Impedimento em legislação esparsa: RISTF (arts. 277 a 287); RISTJ (arts. 272 a 282); árbitro (Lei nº 9.307/96, art. 14); e tribunais (Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979 - LOM, art. 128).

⁵¹ Digna de elogio é a Lei nº 7.451, de 19.7.1991, do Estado de São Paulo, cujo art. 4º, parágrafo único, veda a nomeação de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, incluído.

196, 197, I e III, 199, 208, 209 e 217, I, "d", II "a" e "c"); e perda da qualidade de beneficiário (art. 222, IV).

Previdência Social (Lei nº 8.213, de 24.7.1991): dependentes (art. 16, I, II, III, § 2º); inscrição (art. 17, § 3º); salário-família (arts. 65 a 67); e pensão por morte – cessação (art. 77, § 1º, b).

Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26.3.1999): declaração (art. 4º, §§ 1º a 3º).

Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002): são 131 artigos⁵², salvo engano, sem contar os específicos da matéria (arts. 1.591 a 1.617).

de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado, para o cargo em comissão de assistente jurídico de desembargador. No mesmo diapasão é a Lei nº 9.730, de 5.12.1988, do Estado de Minas Gerais (art. 3º) e a Lei Complementar nº 32, de 20.5.1994, também do mesmo Estado. Na esfera federal, vale a pena transcrever o art. 10 da Lei nº 9.421, de 24.12.1996: "Art. 10. No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade".

⁵² Art. 5º, parágrafo único, I (art. 9º, § 1º, I, CC 1916); art. 9º, II (art. 12, II, CC 1916); art. 20, parágrafo único; art. 25, §§ 1º e 2º (arts. 466 e 467 CC 1916); art. 30, § 2º; art. 33, **caput** (art. 477 CC 1916); art. 39, **caput** (art. 483, **caput**, CC 1916); art. 151 (art. 98 CC 1916); art. 156; art. 197, II (art. 168, II, CC 1916); art. 215, § 1º, III (art. 134, § 1º, "c", CC 1916); art. 228, V (art. 142, IV, CC 1916); art. 229, II e III; art. 496 (art. 1.132 CC 1916); art. 533, II (art. 1.164, II, CC 1916); art. 544 (art. 1.171 CC 1916); art. 558; art. 786, § 1º; art. 790, parágrafo único (art. 1.472, parágrafo único, CC 1916); art. 932, I (art. 1.521, I, CC 1916); art. 934 (art. 1.524 CC 1916); art. 965, III (art. 1.569, III, CC 1916); art. 965, V (art. 1.569, V, CC 1916); art. 974, **caput** e § 1º; art. 1.066, § 1º (art. 162, § 2º, da Lei das S.A.); art. 1.239; art. 1.240; art. 1.412, **caput** e § 2º (arts. 742 e 744, II, CC 1916); art. 1.414 (art. 746 CC 1916); art. 1.482 (art. 815 CC 1916); art. 1.489, II (art. 827, II e III, CC 1916); art. 1.517 (arts. 183, XI, 185 e 186 CC 1916); art. 1.518 (art. 187 CC 1916); art. 1.521, I a V (art. 183, I a V, CC 1916); art. 1.523, I e IV (art. 183, XIII e XV, CC 1916); art. 1.523, parágrafo único; art. 1.524 (art. 190 CC 1916); art. 1.534, **caput** (art. 193, **caput**, CC 1916); art. 1.536, II (art. 195, II, CC 1916); art. 1.540 (art. 199, parágrafo único, CC 1916); art. 1.545 (art. 203 CC 1916); art. 1.546 (art. 205 CC 1916); art. 1.552, III (art. 213 CC 1916); art. 1.557, III (art. 219, III, CC 1916); art. 1.558; art. 1.560, § 1º, III (art. 178, § 5º, III, CC 1916); art. 1.561 (art. 221 CC 1916); art. 1.566, IV (art. 231, IV, CC 1916); art. 1.567, **caput** (art. 223, **caput**, CC 1916); art. 1.568 (art. 233 CC 1916); art. 1.574, parágrafo único (art. 4º da Lei nº 6.515/77); art. 1.576, parágrafo único (art. 3º, § 1º, da Lei nº 6.515/77); art. 1.579 (art. 27 da Lei nº 6.515/77); art. 1.582, parágrafo único (art. 24 da Lei nº 6.515/77); art. 1.583 (art. 9º da Lei nº 6.515/77); art. 1.584 (arts. 10, 11 e 12 da Lei nº 6.515); art. 1.585; art. 1.586 (art. 13 da Lei nº 6.515/77); art. 1.587 (art. 14 da Lei nº 6.515/77); art. 1.588 (art. 329 CC 1916); art. 1.589 (art. 15 da Lei nº 6.515/77); art. 1.590 (art. 16 da Lei nº 6.515/77); art. 1.621 (art. 372 CC 1916); art. 1.626 (art. 373 CC 1916); art. 1.628; art. 1.630 (art. 379 CC 1916); art. 1.631 (art. 380 CC 1916); art. 1.632 (art. 381 CC 1916); art. 1.633 (art. 383 CC 1916); art. 1.634 (art. 384 CC 1916); art. 1.635 (art. 392 CC 1916); art. 1.636 (art. 393 CC 1916); art. 1.637 (art. 394 CC 1916); art. 1.638 (art. 395 CC 1916); art. 1.647, parágrafo único (art. 236 CC 1916); art. 1.689 (arts. 385 e 389 CC 1916); art. 1.690 (art. 384 CC 1916); art. 1.691 (arts. 386 e 388 CC 1916); art. 1.692 (art. 387 CC 1916); art. 1.693 (arts. 390 e 391 CC 1916); art. 1.694 (art. 396 CC 1916); art. 1.696 (art. 397 CC 1916); art. 1.697 (art. 398 CC 1916); art. 1.698; art. 1.703; art. 1.704, parágrafo único; art. 1.705; art. 1.716; art. 1.720, parágrafo único; art. 1.722; art. 1.724; art. 1.728 (art. 406 CC 1916); art. 1.729 (art. 407 CC 1916); art. 1.730 (art. 408 CC 1916); art. 1.731 (art. 409 CC 1916); art. 1.733 (art. 411 CC 1916); art. 1.735, II e III (art. 413, II e III, CC 1916); art.

1.9. Breves Noções Acerca do Parentesco no Direito Comparado.

Não se empregou a expressão breves neste item por mera força de expressão. As singelas lembranças ora postiladas, antes de breves, são brevíssimas, sem preocupação maior de ordem metodológica e sistemática.

Escusado frisar que o estudo da matéria epigrafada mais minudente extrapolaria os limites traçados para esta colaboração.

Posto terem sido feitas algumas remissões pontuais de Direito comparado no curso deste despretenhoso trabalho, volta-se ao tema para alguns adminículos.

O Brasil pertence à família do Direito romano-germânico, continuadora do Direito romano. Como elucida René David, *“a família de direito romano-germânico está actualmente dispersa no mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Próximo Oriente, o Japão, a Indonésia”*⁵³. Clarificou, em outro passo, que o *“sistema romano-germânico uniu os povos da Europa, respeitando a sua diversidade – fora da qual a Europa não seria o que é...”*⁵⁴.

Sem maiores digressões, não deve passar despercebida a ponderação desse renomado tratadista ao apontar semelhanças entre os sistemas dos países de Direito romano-germânico e dos países de *common law*, a despeito da estrutura bem diferente destes em relação àqueles⁵⁵.

1.736. III (art. 414. III, CC 1916); art. 1.737 (art. 415 CC 1916); art.1.740, III (art. 424 CC 1916); art. 1.745. **caput** (art. 423 CC 1916); art. 1.746 (art. 425 CC 1916); art. 1.755 (art. 434 CC 1916); art. 1.768, I e II (art. 447, I e II, CC 1916); art. 1.775. §§ 1º e 2º (art. 454, §§ 1º e 2º, CC 1916); art. 1.778 (art. 458 CC 1916); art. 1.779. **caput** (art. 462, **caput**, CC 1916); art. 1.790, I a V; art. 1.799, I (arts. 1.717 e 1.718 CC 1916); art. 1.801, I (art. 1.719, I, CC 1916); art. 1.802, parágrafo único (art. 1.720 CC 1916); art. 1.803; art. 1.811 (art. 1.588 CC 1916); art. 1.814, I (art. 1.595 CC 1916); art. 1.816. **caput** (art. 1.599 CC 1916); art. 1.829, I, II e IV (art. 1.603, I, II e IV, CC 1916); art. 1.832; art. 1.833; art.1.834; art. 1.835 (art. 1.604 CC 1916); art. 1.837; art. 1.838 (art. 1.611 CC 1916); art. 1.839 (art. 1.612 CC 1916); art. 1.840 (art. 1.613 CC 1916); art. 1.841 (art. 1.614 CC 1916); art. 1.842 (art. 1.616 CC 1916); art. 1.843 (art. 1.617 CC 1916); art. 1.844 (art. 1.619 CC 1916); art. 1.845 (art. 1.721 CC 1916); art. 1.850 (art. 1.725 CC 1916); art. 1.851 (art. 1.620 CC 1916); art. 1.852 (art. 1.621 CC 1916); art. 1.853 (art. 1.622 CC 1916); art. 1.962 (art. 1.744 CC 1916); art. 1.963 (art. 1.745 CC 1916); art. 1.973 (art. 1.750 CC 1916); art. 2.002. **caput** (art. 1.786 CC 1916); art. 2.003 (art. 1.785 CC 1916); art. 2.005, parágrafo único (art. 1.788 CC 1916); art. 2.009 (art. 1.791 CC 1916); art. 2.010 (art. 1.793 CC 1916); art. 2.011 (art. 1.794 CC 1916); e art. 2.018 (art. 1.776 CC 1916).

⁵³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 55

⁵⁴ *ibid.*, p. 65

⁵⁵ Quanto a esse aspecto, o ilustre professor da Universidade de Paris aponta que Escócia, Israel, União Sul-Africana, província de Quebec e Filipinas possuem direitos mistos das duas famílias, o que lhe enseja a tentação de cogitar-se de família de Direito ocidental (*ibid.*, p. 48).

Na erudita lição de José Carlos Moreira Alves, estavam unidas pelo laço de parentesco, no Direito romano, em sua fase mais avançada, as pessoas que constituíam a **família proprio iure**, ou seja, a família em sentido estrito, expressão usada “para designar o complexo de pessoas que se encontravam sob a potestas de um pater familias”. Segue o mestre: “No Direito romano havia duas espécies de parentesco: o agnático (**agnatio** = agnação) e o cognático (**cognatio** = cogação). O parentesco agnático é o que se transmite apenas pelos homens; o cognático é o que se propaga pelo sangue, e, em consequência, tanto por via masculina, quanto por via feminina”⁵⁶.

No concernente ao Direito romano primitivo, as opiniões a respeito da família são desavindas. Cada autor procura enfocar a família romana primeva à luz das próprias e mais variadas concepções⁵⁷.

O Direito canônico, inspirado nos costumes dos germânicos e dos romanos, calculava o grau de parentesco na linha colateral de forma mais rígida, com base no número de gerações, grau por grau, até o ancestral comum, sem descer à pessoa cujo parentesco se desejava apurar. Vale dizer, contava-se apenas um lado ou um ramo. Se a contagem de ambos fosse igual, tanto fazia considerar um ou outro lado; se diferentes, prevalecia apenas a linha mais extensa. No gráfico retro, p. ex., Maria e José eram parentes em segundo grau; Ana e Teresa, em terceiro grau. Desde 1983, porém, a diferença foi eliminada⁵⁸, o que significa dizer que há plena coincidência, no particular, entre o Código Canônico e os principais códigos existentes, entre os quais se inclui o CC brasileiro.

Ilustra o mestre Washington que “o direito canônico reconhece ainda a existência de outra espécie de parentesco, o parentesco espiritual, derivado das qualidades de padrinho ou madrinha e afilhado, e que até constituía impedimento matrimonial. Mas nosso direito positivo nenhuma

⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 108, et seq.

⁵⁷ “Os autores procuram explicar essas características por diferentes concepções sobre a família romana primitiva. Sumner Maine defende a tese de que era ela um agrupamento patriarcal, baseado no vínculo de sangue. Fustel de Coulanges, dando especial relevo à religião, vê nela um agrupamento de pessoas ligadas por um culto: o dos mortos – crença segundo a qual os antepassados continuavam a viver no túmulo, transformados em deuses tutelares da família, mas necessitando dos cuidados de seus descendentes, que os mantinham enterrados junto ao lar comum. Meyer entende que a família romana surgiu da cisão de grupos sociais mais amplos do que ela, guardando-lhes as características. Arangio-Ruiz a concebe como órgão com finalidade precipuamente econômica. Bonfante a caracteriza como verdadeiro organismo político. E Kaser, por último, procura explicar as particularidades da família, em Roma, pela vida rural nos tempos primitivos” (ibid., v. 2, p. 250).

⁵⁸ Giorgio Cian e Alberto Trabucchi: “La differenza è stata ora eliminata dal canone 108 del nuovo Codice di diritto canonico” (Constituto Apostolica sacrae disciplinae leges promulgata il 25 gennaio 1983 ed entrata in vigore il 27 novembre 1983), *op. cit.*, p. 278, art. 76.

importância dá a esse suposto parentesco, insuscetível de produzir qualquer efeito jurídico”⁵⁹.

Em dissertação proferida em setembro de 1929, o jurista Vicente Ráo, a respeito do Direito de Família da então União Soviética, quanto ao tópico parentesco, discursou: *“Em síntese: todas as uniões, mais ou menos efetivas, são ‘casamento’; todos os filhos são filhos, sem distinção de categoria. Legítimos, naturais, adulterinos, incestuosos, todos, para todos os efeitos, são equiparados entre si. Podem a mulher e o marido ter consigo os filhos havidos com outrem, durante o casamento; podem tê-los ao lado dos filhos nascidos do casamento, sem que o outro cônjuge possa reclamar contra semelhante situação; todos os parentes são parentes, bastando, para serem considerados tais pela lei, o vínculo do sangue, sem o concurso do vínculo de direito”.*

Ensinou mais o ilustre autor de *O Direito e a Vida dos Direitos*: *“Apenas nos resta acentuar que, relativamente ao parentesco, o Código obriga, com caráter de reciprocidade, os irmãos, os avós e os netos a proverem ao mútuo sustento, em certos e determinados casos (arts. 55 e 56). Mas, ainda neste particular, mais parece ter sido intenção do legislador descarregar as responsabilidades do Estado – teoricamente definido como supremo tutor dos indivíduos –, do que criar e manter laços de família”.*

“Bastante reduzido é, de resto” – rematou o festejado e saudoso professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco –, *“o círculo da família perante as leis dos Soviets: - somente reconhece, o Código, o parentesco entre ascendentes e descendentes, entre esposos e entre irmãos. Fora desses limites, laço algum legal prende, entre si, as pessoas oriundas do mesmo tronco, ou unidas, segundo o conceito das demais legislações, pelo vínculo civil da afinidade”⁶⁰.*

Conquanto o Direito Civil francês, notadamente a partir de 1972, consagre, em princípio, a igualdade de direitos entre os filhos, persistem, ainda, restrições sucessórias ou tratamento diferenciado para o filho adulterino em certas circunstâncias, além da manutenção de parte da terminologia (filiação legítima), hoje banida de nosso Direito⁶¹.

Enuncia Harriet Christiane Zitscher os princípios prevaletentes no Direito de Família alemão e no Direito de Família inglês:

“O direito de família alemão é caracterizado pela separação completa entre aspectos civis e religiosos do casamento, divórcio relativamente

⁵⁹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 239, *et seq.*

⁶⁰ RÁO, Vicente. *Direito de família dos soviets*: contendo o código das leis do casamento, da família e da tutela. São Paulo: Nacional, 1931. p. 38, *et seq.*

⁶¹ VELOSO, *op. cit.*, p. 180

simples, não-reconhecimento da união estável, equiparação de filhos matrimoniais e extramatrimoniais e pelo princípio do bem-estar da criança acompanhado por intervenção estatal na vida familiar se houver necessidade. A Constituição sempre desempenhou papel forte no direito de família alemão, com seu art. 3º, II – igualdade entre homem e mulher –, e o art. 6º, cujos cinco incisos protegem a família e a criança extramatrimonial. Tanto os tribunais ordinários quanto o Tribunal Constitucional Federal moldaram o direito nessa área, muitas vezes, antes do legislador intervir. Isso porque o legislador ficou freqüentemente impedido pelo conflito central e permanente de atitudes culturais que costumam cunhar o entendimento popular e profissional da família na Alemanha, seja pela Igreja Católica, às vezes, apoiada por círculos conservadores de protestantes, seja pela maioria dos luteranos juntamente com as forças social-democratas ou socialistas”⁶².

Quanto aos mesmos princípios básicos do Direito de Família inglês, explana a doutora pela Universidade de Hamburgo:

“O direito de família inglês é caracterizado pelos mesmos princípios que o direito de família alemão, mas há certas diferenças sutis. A separação entre Igreja e Estado naturalmente é menor, o noivado e a união estável sofrem mais facilmente uma [...]” incidência [...] de normas aplicáveis ao matrimônio, a equiparação entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais está mais evoluída e os cônjuges são vistos mais independentes um do outro.

No direito da família prevalece direito estabelecido por leis, mas também há ampla jurisprudência – em sua maioria – interpretando estas leis”⁶³.

Segundo Andrew Baiham, professor da Universidade de Cambridge e editor da *International Survey of Family Law*, a noção de filiação ilegítima na Grã-Bretanha “continua, apesar de terem sido removidas quase que todas as suas desvantagens legais, porque pensou-se ser necessário segurar direitos (que agora chamamos de ‘responsabilidade’) dos pais não casados. Esta posição tem sido amplamente questionada e, atualmente, parece que, provavelmente em breve, haverá uma mudança na lei”⁶⁴.

A respeito do princípio de igualdade dos cidadãos consagrado pela Constituição dos Estados Unidos da América, René David assevera que, na Suprema Corte americana, “mais recentemente manifestou-se uma tendência no sentido de impor igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, bem como,

⁶² ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 112, *et seq.*

⁶³ *ibid.*, p. 160

⁶⁴ Palestra proferida em São Paulo e Curitiba, em março de 2001.

BAIHAM, Andrew. Direitos humanos, crianças e divórcio na Inglaterra. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 38-52, abr./jun. 2001. p. 51

quanto ao seu estatuto jurídico, no que se refere à possibilidade de estabelecer a sua filiação”⁶⁵.

O desembargador aposentado do TJSP e escritor Francisco César Pinheiro Rodrigues, o conceituado professor Charles Cole⁶⁶ e a jurista Maria Cristina Zucchi estão elaborando uma obra comparativa quanto à realização prática da justiça entre o Direito dos Estados Unidos da América e o do Brasil. O professor Charles Cole, por intermédio do primeiro, respondeu a indagações deste subscritor quanto a alguns aspectos do Direito americano, ora transcritas, observada a fiel tradução feita pela já citada professora Maria Cristina Zucchi:

"a. As partes devem ter capacidade para casar, tanto idade mental quanto física. A idade física (requisito da) varia de Estado para Estado no sistema de governo americano. As leis que tratam da capacidade para o casamento são leis estaduais.

b. As 'causas' chamadas fundamentos para o divórcio nos Estados Unidos também variam de Estado para Estado (também as leis sobre divórcio, nos Estados Unidos, são leis estaduais). Os requisitos para o divórcio no Estado do Alabama são vida separada e distinta por dois anos, abandono voluntário, prisão por dois anos numa condenação por sete anos, prática de sodomia, além de drogas ilegais, incompatibilidade, confinamento em hospital de doenças mentais por mais de cinco anos sem previsão de cura, gravidez da mulher à época do casamento sem o conhecimento ou ato do homem e crueldade física.

c. Uniões pela common-law (uniões estáveis) baseiam-se na common-law (direito consuetudinário) (casos de precedentes); porém, uniões pela common-law e os requisitos das mesmas estão definidos em lei. Tais leis devem ser estaduais.

d. Pensão alimentícia pode ser dada por qualquer das partes nos Estados Unidos em geral, baseada na capacidade financeira das mesmas para suportá-la. É reconhecido geralmente que as partes que se divorciam têm o direito de viver da forma em que eles se acostumaram a viver (mesmo padrão de vida) durante o matrimônio, conciliada com a capacidade financeira da parte condenada ao pagamento da pensão.

⁶⁵ DAVID. *op. cit.*, p. 463

⁶⁶ Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor de Programas Internacionais da Faculdade de Cumberland da Universidade de Samford, Birmingham – Alabama.

e. *É reconhecido geralmente por leis estaduais que uma pessoa pratica incesto se ela se casa ou se relaciona sexualmente com uma pessoa que ela sabe ser legítima ou ilegitimamente seu ascendente ou descendente consangüíneo ou por adoção (incesto é crime doloso - ofensa grave). Relações de parentesco consangüíneo ou por afinidade também são aplicáveis para término de relações entre as partes com propósitos de prova privilegiada.*

f. *Nós reconhecemos, em geral, neste país, diferenças entre relações baseadas no parentesco consangüíneo e aquelas decorrentes de parentesco por afinidade. Seguimos o campo das relações civis para determinar direitos sucessórios quando do falecimento intestado ou sem designação de executor ou executora para o patrimônio intestado.*

g. *Fazemos a distinção, de modo geral, entre filhos legítimos e ilegítimos; contudo, o direito constitucional federal limita o modo pelo qual lei estadual pode discriminar filhos ilegítimos. Deve-se reconhecer, porém, que o testador (pessoa que faz o testamento) pode, de um modo geral neste país, deserdar um filho. Luisiânia, com sua legislação sobre patrimônio, é uma exceção à regra aqui, porque baseia-se no civil law (direito estatutário).*

h. *Os filhos ilegítimos, para herdar de um ancestral considerado intestado (morte de uma pessoa sem testamento deserdando o ilegítimo), teriam que, primeiramente, provar sua legitimidade, para então buscar sua parte legal no patrimônio, que seria igual à dos outros filhos.*

i. *Os direitos dos filhos e dos pais são estabelecidos pelos Estados dos EUA. A legislação federal seria aplicada apenas para títulos (fundamentos de um direito), tais como seguridade social etc., mas seria baseado em direitos a serem estabelecidos com base em lei estadual do domicílio do requerente.*

j. *A última observação seria a advertência de que cada Estado dos EUA tem autoridade para estabelecer as relações matrimoniais que ele vai reconhecer e permitir que sejam criadas. Há atualmente apenas 8 entre 11 Estados que reconhecem o common-law marriage (união estável); contudo, muitos Estados criaram relações legais baseadas em princípios do common-law”⁶⁷.*

⁶⁷ Resposta do Professor Charles Cole enviada a este subscritor pelo desembargador aposentado do TJSP Francisco César Pinheiro Rodrigues.

Em decorrência dos limites deste artigo, este autor elaborou apanhado em apertadíssimo resumo das lições de Vera Maria Caldas sobre alguns aspectos do Direito americano quanto ao tema do presente trabalho⁶⁸:

Nos Estados Unidos, alguns estados conservam uma tradição do *common law* segundo a qual são considerados ilegítimos filhos de pais não-casados no momento de seu nascimento. A tendência, entretanto, é abolir essa condição jurídica. Certos estados adotam a Lei Uniforme sobre Parentesco⁶⁹, a determinar que, independentemente do estado civil dos pais, toda criança tem direitos iguais⁷⁰. Outros permitem a legitimação da criança pelo casamento de seus pais, pelo reconhecimento da paternidade por parte do pai natural ou por sentença judicial. A citada lei aceita a presunção, refutável, de que o marido da mulher casada é o pai de seu filho⁷¹, enquanto a Lei Uniforme sobre Casamento e Divórcio⁷² prevê que filhos de um matrimônio nulo ou anulável devem ser considerados legítimos⁷³. Muitos estados concedem ao pai natural que reconhecer a paternidade de criança ilegítima os direitos de guarda, de visita, de herdar e ser indenizado pela morte da criança por ato ilícito.

A Suprema Corte americana, com base no princípio da proteção isonômica das leis, declarou inconstitucionais normas que negavam à criança ilegítima o direito de herdar ou ser sustentada pelo pai natural, de receber os benefícios do seguro por acidentes de trabalho ou indenização pela morte de seus pais por ato ilícito. Tal Corte, por outro lado, admite a constitucionalidade de leis que, para desencorajar relacionamentos extramatrimoniais, impõem sanções a pai de filho ilegítimo. Crianças concebidas por inseminação artificial são consideradas legítimas se o procedimento for realizado e declarado por médico, a mulher for casada e autorizar, com o marido, o ato⁷⁴.

2. Da Filiação.

2.1. Conceito e Presunção Legal.

De iure constituto, filiação é o vínculo existente entre pais e filhos. Na relação filho e pai e filho e mãe, o traço marcante é a consangüinidade em linha reta de primeiro grau. A par da consangüinidade, há

⁶⁸ A professora doutora Vera Maria Caldas, com frequência, dá cursos de Direito americano na Escola Paulista da Magistratura e no Instituto dos Advogados de São Paulo.

⁶⁹ *Uniform Parentage Act* (lei proposta inicialmente em 1973, reformada e aprovada em 2000).

⁷⁰ *Uniform Parentage Act*, § 2.

⁷¹ *Uniform Parentage Act*, § 5.

⁷² *Uniform Marriage and Divorce Act*, apresentada em 1970.

⁷³ *Uniform Marriage and Divorce Act*, (§ 208 (d)).

⁷⁴ CALDAS, Vera Maria. Visão geral do direito americano com relação à legitimidade, ilegitimidade, reconhecimento de filhos e consequentes direitos e obrigações. *Caldas Law Studies Center*, São Paulo. Disponível em: <<http://www.americanlaw.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2002.

a filiação civil, decorrente da adoção (art. 1.593/art. 330 CC 1916), além da filiação social (arts. 1.593 e 1.597, V). **De lege ferenda**, não há perder de vista a paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Até o advento da atual Constituição, o que ora é relembrado para fins históricos e didáticos, a filiação era classificada assim:

“1) Legítima, se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção ou se resultante de união matrimonial, que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, art. 221 e parágrafo único, alterado pela Lei nº 6.515/77. Art. 14, parágrafo único).

2) Legitimada, decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias.

3) Ilegítima, provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural (omissis).

Juridicamente, não há que se fazer tal distinção, ante o disposto na Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, e nas Leis ns. 8.069/90 e 8.560/92, pois os filhos, havidos ou não do matrimônio, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias”⁷⁵.

Hoje, o capítulo que trata da matéria não pode ser adjetivado, devendo apenas denominar-se “filiação”, pois não faz sentido mais aludir à filiação legítima e à filiação ilegítima (art. 1.596 CC⁷⁶).

Como assinala com propriedade Zeno Veloso, *“a Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição. As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho”⁷⁷.*

Englobada toda a matéria sob a rubrica de filiação, há que distinguir a filiação, quanto à sua procedência, para efeitos didáticos, em

⁷⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 310. *et seq.*

⁷⁶ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁷⁷ VELOSO, *op. cit.*, p. 87

filiação oriunda do matrimônio e filiação não-matrimonial, também chamada extramatrimonial.

Do CC 1916 até o CC 2002, inúmeros foram os textos legais esparsos acerca da filiação, voltados para o reconhecimento paulatino, mas cada vez maior, dos direitos dos filhos extramatrimoniais. Nesse interregno, veio a lume a CF de 1988, cujo art. 227, § 7º, está assim vazado: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Para descrever a lenta evolução do reconhecimento dos direitos dos filhos nascidos de par não-unido pelos laços matrimoniais, serão aqui reproduzidos, em apertado resumo, os principais diplomas, adotada como norte, no particular, a resenha da monografia do magistrado paulista Márcio Antonio Boscaro⁷⁸. Ei-los: a) art. 126 da Carta Constitucional de 1937, a equiparar, segundo a nomenclatura de então, os filhos legítimos e os filhos naturais, sem distinguir os direitos e deveres dos pais em relação a uns e a outros⁷⁹; b) Dec.-lei nº 4.737/42, a possibilitar o reconhecimento dos filhos adulterinos, após o desquite; c) Lei nº 883/49, a garantir tal reconhecimento, depois da dissolução conjugal, por qualquer modo; d) art. 51 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que, ao dar nova redação à Lei nº 883/49, permitiu a qualquer dos cônjuges, em testamento cerrado, o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, e, ainda, estabeleceu, qualquer que fosse a natureza da filiação, a igualdade de condições quanto ao direito à herança; por fim, dispensou o credor de alimentos do ônus de propor ação de investigação de paternidade contra o alimentante condenado a prestar alimentos por dever paternal, ressalvado aos interessados o direito de impugnar a filiação; e) Lei nº 7.250/84, a albergar, sem necessidade de ação investigatória, o reconhecimento de filho, fruto de relação não-matrimonial, desde que separados os cônjuges por mais de um lustro; f) revogação do art. 358 do CC 1916, que proibia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, pela Lei nº 7.841/89, já editada sob o arnês da CF de 1988; g) Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a abolir toda e qualquer restrição ao reconhecimento do filho havido fora do matrimônio (arts. 26 e 27), a par de absterger os entraves discriminatórios dos direitos sucessórios ligados à adoção; h) por derradeiro, foi sancionada a Lei nº 8.560/92, que amplia as

⁷⁸ BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66-71

⁷⁹ A Carta outorgada vigeu de 1937 até a CF de 1946, que não repetiu a norma. Lavrou dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre a auto-aplicabilidade do art. 126 da Carta de 1937 e sobre a derrogação de qualquer desigualdade decorrente da legislação anterior. A propósito:

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Item nº 106, p. 138

hipóteses de reconhecimento da paternidade, afinada com a nova diretriz constitucional.

Já nas fontes romanas dizia-se **pater is est quem nuptiae demonstrat**. Presumem-se concebidos na constância do casamento, nos termos do art. 1.597⁸⁰:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”⁸¹⁻⁸².

Os incisos I e II correspondem aos idênticos incisos do art. 338 do CC 1916, com pequena alteração na parte final do inciso II, já que na nova legislação substituiu-se “desquite” por “separação judicial” e acrescentou-se, ao lado da anulação, a figura da nulidade.

Os três novos incisos (III, IV e V) do art. 1.597 serão objeto de exame no item subseqüente.

⁸⁰ Enunciado nº 104 da JDC/CEJ-CJF: “104 – Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”.

⁸¹ Enunciado nº 105 da JDC/CEJ-CJF: “105 – Art. 1.597: as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”.

⁸² O Projeto de Lei nº 6.960/02, de autoria do Dep. Ricardo Fiúza, acrescenta um parágrafo único ao art. 1.597: “Art.1.597. [...] Parágrafo único. Cessa a presunção de paternidade, no caso do inciso II, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”. Justificação: “Arts. 1.597 e 1.598: Há necessidade de se acrescentar parágrafo único nos dois artigos, conforme sugerido pelo Professor Zeno Veloso. É que, em muitos casos, a coabitação entre os cônjuges, que é a base da presunção de paternidade, já está suspensa antes da dissolução da sociedade conjugal. E o processo, às vezes, dura um longo tempo. A presunção de paternidade dos filhos nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal só deve ser mantida se os cônjuges, na época em que se deu a concepção, ainda conviviam”.

O art. 1.598, sem correspondente no Código anterior, afirma que, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523⁸³, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597 acima transcrito⁸⁴.

2.2. Técnica de Reprodução Assistida.

Limitou-se o CC 2002 a estabelecer regras para a determinação da paternidade, nas hipóteses previstas nos incisos III⁸⁵⁻⁸⁶, IV⁸⁷⁻⁸⁸ e V do art.

⁸³ “Art. 1.523. Não devem casar: I – (omissis); II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal”.

⁸⁴ PL nº 6.960/02: “Art.1.598 [...] Parágrafo único. Cessa a presunção de paternidade do primeiro marido, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”. Justificação: A mesma do art. 1.597, do projeto em epígrafe.

⁸⁵ Enunciado nº 106 da JDC/CEJ-CJF: “106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

⁸⁶ Enunciado nº 127 da JDC/CEJ-CJF: “127 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. III: Proposta: alterar o inc. III para constar ‘havidos por fecundação artificial homóloga’. Justificativa: Para observar os princípios de paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai”.

⁸⁷ Enunciado nº 107 da JDC/CEJ-CJF: “107 – Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

⁸⁸ Enunciado nº 128 da JDC/CEJ-CJF: “128 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. IV: Proposta: Revogar o dispositivo. Justificativa: O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios. Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional. Da forma posta e, não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no caput e no inciso I do artigo 5º da Constituição da República. A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém, o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético, e gestá-lo em útero sub-rogado. Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar em um ser humano, após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga. Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões criopreservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis. Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido. Porém, se a supressão não for possível,

1.597, às novas técnicas de inseminação artificial⁸⁹, ou, conforme denominação mais aceita, de procriação assistida ou reprodução assistida⁹⁰.

Caberá ao legislador disciplinar, em lei especial, balizada pela CF 88⁹¹, as regras que a sociedade deverá observar no emprego das técnicas de reprodução assistida. Nem é preciso insistir que se cuida de uma das mais complexas questões sociais de nossos tempos, por envolver, a um tempo, importantes aspectos religiosos, filosóficos, éticos, morais, sociais etc., de interesse imediato de governantes, legisladores, médicos, biólogos, sociólogos, educadores, enfim, e, sobretudo, de toda a sociedade, e **per cause** dos operadores do Direito.

Explicam os termos técnicos, usados no preceptivo legal acima, as claras explanações de Jaime Espinosa, escritor que reúne as qualidades de médico e professor universitário:

“Antes de mais nada, é preciso distinguir a fecundação artificial in vitro da inseminação artificial, que é também prática rotineira nos dias que correm. Na inseminação artificial, o esperma é introduzido no fundo da vagina ou no corpo do útero, se o colo do útero não permitir a migração dos espermatozoides, a fim de que os gametas masculinos consigam ascender até a trompa de Falópio e fertilizar o óvulo que por lá vier transitando, procedente do ovário”.

solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família”.

⁸⁹ Guilherme de Oliveira, professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, prefere o adjetivo ‘assistida’ ao ‘artificial’ para qualificar o substantivo ‘procriação’ ou ‘reprodução’, embora o leitor entenda do que se trata com o emprego de um ou de outro. Justifica seu modo de ver: *“não há uma fusão de gametas ‘artificial’ nem uma gestação ‘artificial’.* E nunca se viu um embrião ‘artificial’ [...]”.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 73. *et seq.*

Nada obstante, usa-se o adjetivo “artificial” no sentido de que a fecundação não se deu segundo o **eo quod plerumque fit**.

⁹⁰ Enunciado nº 126 da JDC/CEJ-CJF: *“126 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. III, IV e V. Proposta: alterar as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para ‘técnica de reprodução assistida’. Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre in vivo, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre in vitro, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões ‘fecundação artificial’ e ‘concepção artificial’ utilizadas nos incs. III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio de técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução in vivo; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão ‘técnica de reprodução assistida’, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução in vivo e in vitro”.*

⁹¹ Advertência lançada com motivo, pois não faltou quem criticasse o CC 2002 por não ter hospedado a união entre pessoas do mesmo sexo, o que conflitaria em cheio com o art. 226, § 3º, da CF 88.

Continua:

*“Se doador do esperma for o marido, dá-se-lhe o nome de inseminação homóloga; se for um terceiro, chama-se heteróloga. Tanto no caso da inseminação artificial como no da fecundação **in vitro**, os espermatozóides ou gametas masculinos costumam ser obtidos por masturbação ou, mais raramente, por eletroejaculação (estimulação elétrica da vesícula seminal, onde fica armazenado o sêmen)”.*

Diz mais:

*“Na fecundação artificial **in vitro** com transferência de embriões, que também pode ser homóloga ou heteróloga, o procedimento é realizado assim: a mulher é submetida a um tratamento que faz amadurecerem ao mesmo tempo vários óvulos, cerca de meia dúzia ou mais, que são recolhidos diretamente do ovário por aspiração. Os óvulos e os espermatozóides são postos em contacto num meio de cultura adequado, dentro de um tubo de ensaio ou outro recipiente esterilizado (é por isso que se diz **in vitro**, ‘dentro de um vidro’, ao invés de **in vivo**, ‘no ser vivo’), onde ocorre a fecundação (a penetração do espermatozóide no óvulo e as primeiras divisões da célula-ovo ou zigoto)”.*

Acrescenta:

“Depois de até cinco dias, quando os zigotos já estão constituídos por várias células, escolhem-se ao microscópio entre dois e sete, os mais perfeitos, que são implantados no útero da mulher, já convenientemente preparado para acolhê-los. Assim se pretende obter maior segurança de que ao menos um desses embriões consiga fixar-se na parede do útero e desenvolver-se. Dos embriões restantes, que não foram transferidos para o útero, aqueles que apresentam anomalias são eliminados sumariamente; e os outros podem ser congelados para fins de pesquisa ou de um implante posterior, ou também destruídos”⁹².

A esses últimos é que se dá a denominação de *embriões excedentários*.

Começa a causar a técnica de reprodução assistida, em determinados casos, certas dúvidas. Eis dois exemplos:

1º) na hipótese da maternidade por sub-rogação ou maternidade por substituição, quem deve ser tida legalmente como mãe: a mãe biológica, a que ofereceu o embrião, vale dizer, a célula-ovo (seu óvulo ou gameta fecundado pelo espermatozóide) ou a mãe substituta, a mãe sub-rogada, a

⁹² ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética*. São Paulo: Quadrante, 1998. p. 27, *et seq.*

“mãe hospedeira”⁹³, a que emprestou seu útero para a gestação (o que se denomina vulgarmente de “barriga de aluguel”)⁹⁴? Sem maior aprofundamento dos condenáveis aspectos éticos, agravados na hipótese de contar a mãe com o concurso de um gameta de terceiro, determinado ou anônimo, diferente do marido da mãe substituída, levando em conta, de um lado, a verdade biológica, d’outro os ingredientes psíquicos e socioafetivos que poderão ocorrer durante a gestação, entre a mãe hospedeira e o nascituro, no parto e logo após, dificilmente o Direito dará uma solução justa. Dessa forma, até o milenar axioma, que parecia imutável e perene, **mater semper certa est**, encontra-se em xeque. No caso presente de maternidade por substituição, na hipótese da célula-ovo, oferecida pela filha, ser introduzida no útero da mãe, do ponto de vista genético, a criança que vier a nascer será filha de sua mãe. Ainda, no terreno da mera cogitação, precisar-se-ia indagar de quem era o espermatozóide que fecundou a célula-óvulo: do marido da filha, ou do marido da mãe sub-rogada, ou seja, do pai da filha? Nesse caso, haveria o que se conhece como incesto?

2º) Qual o destino dos embriões excedentários na fertilização **in vitro**? Sob o ângulo ético, não se deveria sequer cogitar de embriões excedentários, ainda que zigotos, uma vez que, a contar da fecundação, já há um ser humano, já há um embrião prestes a tornar-se nascituro. Não é só. A quem cumpre decidir o que fazer deles? Congelá-los? Em caso afirmativo, por quanto tempo? Destruí-los? Nesse caso, a quem toca a deliberação: aos pais, aos médicos, ao Estado?

Há de ficar registrado que nenhum cônjuge pode obrigar o outro a se submeter à reprodução assistida ou à inseminação artificial, ainda que não-invasiva – se invasiva, com maior razão ainda –, porque o dever dos cônjuges, no particular, é o da coabitação, no sentido jurídico e bíblico da palavra, no qual

⁹³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 26

⁹⁴ Enunciado nº 129 da JDC/CEJ-CJF: “129 – *Proposição para inclusão de um art. no final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação: ‘Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.’ Justificativa: No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril e que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada”.*

não se inclui o dever de dispor do próprio corpo contra sua vontade, por ferir os princípios da preservação da dignidade humana (princípio constitucional fundamental), da intimidade, da intangibilidade do corpo humano e também porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 1º, III, e art. 5º, II e X, além das garantias constitucionais implícitas). Mais a mais, o cônjuge infértil, ao convolar núpcias, não contraiu o dever de ter filhos.

2.3. Contestação da Legitimidade: Titularidade – Casos de Contestação – Prazo Prescricional – Elementos de Prova.

A titularidade da contestação de legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher era privativa do marido, nos termos do art. 344 do CC 1916, observado o prazo decadencial de dois meses (art. 178, § 3º, do CC 1916), contados do nascimento, se era presente o marido, e, três meses, se o marido se achava ausente ou lhe ocultaram o nascimento, com fluência do prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data de conhecimento do fato, no segundo.

No primeiro projeto do novo Código Civil, o art. 344 do CC 1916 correspondia ao art. 1.610, que, por meio da subemenda às emendas ns. 231 e 232, ganhou o § 3º. Assim estatuiu o texto consolidado pelo Senado Federal:

“Art. 1.609. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

§ 1º Decairá do direito o marido que, presente à época do nascimento, não contestar a filiação no prazo de sessenta dias.

§ 2º Se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de noventa dias, contado do dia de sua volta ao lar conjugal, no primeiro caso, e do de conhecimento do fato, no segundo.

§ 3º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

Na Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal, o ilustre Relator-Geral, contudo, apresentou a Emenda nº 213, que foi aprovada, consolidando-se assim a redação do art. 1.601 do CC (Lei nº 10.406/02):

“Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

*Parágrafo único – Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação*⁹⁵.

Vê-se, portanto, que duas importantes inovações foram introduzidas. A legitimidade deixou de ser privativa do marido e consagrou-se a imprescritibilidade da ação. Com pequena modificação de redação, o art. 345 do CC 1916 foi transformado em parágrafo único do art. 1.601: *“Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”*⁹⁶.

⁹⁵ Enunciado nº 130 da JDC/CEJ-CJF: *“130 – Proposição sobre o art. 1.601: Redação atual: ‘Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação’. Redação proposta: ‘Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. § 1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. § 2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação’”*.

⁹⁶ PL nº 6.960/02: *“Art. 1.601. O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas: I – ao filho; II – àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento; III – ao pai e à mãe biológicos; IV – a quem demonstrar legítimo interesse. § 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação; § 2º A relação de filiação oriunda de adoção não poderá ser contestada; § 3º O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve a sua mulher; § 4º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação”*. Justificação: *“No que tange ao caput e aos §§ 1º, 2º e 4º, a sugestão é da professora Regina Beatriz Tavares da Silva. Diz ela que ‘embora o direito à contestação da relação de filiação não possa caber, indiscriminadamente, a qualquer pessoa, se o filho é oriundo de casamento, esse direito não deve ser tido como privativo do marido. Observe-se que, com a proteção à união estável, não tem cabimento estabelecer tamanha restrição à legitimidade da ação contestatória no casamento e não realizar as mesmas restrições na união estável. Esse direito, seja a relação oriunda ou não de casamento, além de ser imprescritível, deve caber não só àquele que consta do registro de nascimento como pai, mas, também, ao próprio filho e ao verdadeiro pai, em acatamento aos princípios constitucionais da absoluta igualdade entre os filhos e da verdade real nas relações de filiação. Por essas razões a norma sugerida diz respeito à relação de filiação, independentemente de sua origem. A única exceção disposta no artigo sugerido a seguir diz respeito à filiação oriunda de adoção que não pode ser contestada, por força de seu caráter irrevogável. Outra questão de relevo é a da exigibilidade ou não de realização do exame de DNA contra a vontade do demandado na ação contestatória. Constitui-se violação aos direitos da personalidade constranger alguém a fornecer material para a realização de um exame biológico? A questão coloca-se com certa frequência em nossos tribunais na investigação da paternidade, como adiante será visto, mas também tem lugar na ação contestatória. Realmente não é possível constranger alguém à retirada de parte de seu corpo, no caso o sangue, sob pena de violação a direito da personalidade. Mas também não se pode deixar de proteger os interesses do contestante, que dependem da realização da prova para o reconhecimento de suas alegações. A única forma de conciliar o direito da personalidade do demandado, que é o direito às partes separadas do corpo, com o direito do autor da ação contestatória, diante da recusa do primeiro à coleta de material para realização da prova pericial, é presumir-se, se a recusa for injustificada, a existência da relação de filiação. Já que a recusa pode ocorrer quanto a qualquer das provas médico-legais, que não se limitam ao exame de DNA, o dispositivo aplica-se a todos esses meios de prova’. Já o § 3º foi sugerido pelo Professor Zeno Veloso, havendo recebido a nossa integral acolhida. Realmente, não se pode admitir que um pai leve pessoalmente o filho a registro e depois venha contestar a filiação, salvo provando erro, dolo ou coação”*.

Não podia ser contestada a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os 180 dias de que tratava o inciso I do art. 338 do CC 1916, presunção mantida no atual CC (art. 1.597, I), se o marido:

- a) antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; ou,
- b) assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho.

No texto original do Projeto do Código Civil, o art. 1.604 mantinha a redação do art. 339 do CC de 1916. O texto consolidado pelo Senado Federal propôs, no art. 1.603, além de pequena modificação de redação, a substituição da expressão “legitimidade” por “paternidade”.

Por via da Emenda nº 209, todavia, o Relator-Geral da Câmara dos Deputados sugeriu a supressão do preceptivo em comento, invocando os arts. 226, § 1º, e 227 da Constituição Federal e, também, sob a alegação de que ao menor dever-se-ia assegurar o direito de obter a verdade real sobre sua paternidade. Em decorrência, a Emenda foi aprovada, não restando, no CC em vigor, dispositivo correlato.

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento⁹⁷ ou presumido como tal (art. 338 do CC 1916) só se podia contestar, nos termos do art. 340 do CC 1916⁹⁸, provando-se que:

- a) o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais, dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho; ou,
- b) a esse tempo, estavam os cônjuges legalmente separados, não valendo o motivo da letra “b” se os cônjuges tiverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

O projeto original do Código Civil atual mantinha inalterada a hipótese da letra “a”; quanto à letra “b”, fazia alusão à separação de direito ou de fato, acrescentando-se a hipótese de se provar a impossibilidade da filiação,

⁹⁷ O professor Silvio Rodrigues, emérito catedrático de Direito Civil da USP, leciona que o legislador “*não quis deixar ao arbítrio do juiz, ou à especulação da doutrina, o que se deve entender por constância do matrimônio*”, esclarecendo que os prazos de 180 dias e 300 dias possuem base científica.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1993-. v. 6, p. 283

⁹⁸ A jurisprudência já vinha entendendo que, em face dos novos métodos fornecidos pela ciência, a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, não se podia restringir às hipóteses do art. 340 do CC 1916 (STJ – 3º T., REsp 194.866-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.4.1999. In: NEGRÃO, *op. cit.*, nota nº 2-a ao art. 340, p. 117). Do mesmo modo, há julgado que se não ateu ao angusto prazo de 2 meses, previsto no art. 178, § 3º, do CC 1916, para a ação do art. 340 em comento (STJ – 4ª T., REsp 146.548-GO, rel. p/ o ac. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 5.3.2001. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999-. Ementa nº 1.087, v. 10, p. 129).

mediante exame pericial. Com a aprovação da Emenda nº 210 do Relator-Geral da Câmara dos Deputados, tal prescrição foi suprimida do texto consolidado.

Rezava o art. 342 do CC 1916 que, só em sendo absoluta a impotência, valia a sua alegação contra a legitimidade do filho. Esse artigo, após a aprovação da Subemenda à Emenda nº 229 do Senado Federal, encontra-se assim escrito, no art. 1.599 do atual CC: “*A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade*”. Dessa forma, não há mais necessidade de ser absoluta a impotência. Entrementes, houve, por coerência com o novo sistema, substituição da palavra “legitimidade” por “paternidade”.

Em linhas gerais, foi reproduzido no texto vigente o art. 343 do CC 1916, a estatuir que o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, por si só, não é suficiente para elidir a presunção legal de legitimidade da prole (art. 343 do Código Civil). No texto original do Projeto do Código Civil foi acrescentado não ser suficiente a confissão do adultério por parte da mulher. A Emenda nº 230 do Senado Federal substituiu a expressão “legitimidade” por “paternidade”, alteração mantida na aprovação do art. 1.600 do novo Código Civil. Mais a mais, foi substituído elidir⁹⁹ por ilidir.¹⁰⁰

Inalterado o princípio de que a confissão materna, **per se**, não exclui a paternidade, por versar sobre bens e direitos indisponíveis inerentes ao estado personalíssimo das pessoas (art. 1.602/346 CC 1916).

Convém que assim o seja, pois, em princípio, confissão dessa natureza é contrária ao **eo quod plerumque fit**, de um lado; de outro, pode mascarar uma exteriorização de sentimentos menos nobres de ódio, vingança etc., sem perder de vista a possibilidade de simulação ou de conluio com terceiro. Como tal, não deve a lei dar ensanchas a condutas que tais. No mínimo, como aconselha Clóvis, “*um tal depoimento deve ser recebido com prevenção*”¹⁰¹. Sem embargo disso, a confissão poderá ser aceita, desde que se acadrixe com outros elementos probatórios e com as presunções agasalhadas pelo CC.

A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros se ele morrer menor ou incapaz. O art. 1.606¹⁰²

⁹⁹ Elidir = eliminar, suprimir.

¹⁰⁰ Ilidir = refutar, contestar, rebater.

¹⁰¹ BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 243

¹⁰² PL nº 6.960/02: “Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, cabendo também ao pai e à mãe biológicos. §1º Se iniciada a ação pelo filho ou pelo genitor biológico, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. §2º Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1601”. Justificação: “No tocante ao **caput** e ao parágrafo primeiro, a sugestão é da professora Regina Beatriz Tavares da

equivale ao art. 350 CC 1916, com a exclusão do adjetivo "legítima", por abolida a discriminação.

A legitimidade de parte é do filho, a quem cabe com exclusividade discernir sobre a conveniência ou não de perquirir a sua ascendência, em se cuidando de questão de foro íntimo com conotações espirituais, morais, sociais etc. Essa, por excelência, é matéria de estado e, portanto, de direito personalíssimo. Se o titular desse direito vier a falecer menor ou em estado de incapacidade, transmite-se o direito de ação aos herdeiros, por uma ficção legal inspirada no raciocínio de que foram essas as causas impeditentes do accertamento genealógico.

A fortiori, na hipótese de ter ocorrido manifestação inequívoca desse **desideratum**, daí por que, iniciada pelo filho, poderão continuá-la os herdeiros, salvo se julgado extinto o processo (art. 1.606, parágrafo único). Esse parágrafo único corresponde ao art. 351 do CC 1916, assim insculpido na

Silva. Di: ela ser 'evidente que a ação de investigação da paternidade ou da maternidade não pode caber, indiscriminadamente, a qualquer pessoa. No entanto, a legitimidade ativa não pode ficar restrita ao filho, uma vez que sua relação é estabelecida com outra pessoa, o seu genitor, que também deve ter essa legitimidade'. Por essas razões, deve tal ação caber a quem tem legítimo interesse na demanda: filho e também pai e mãe biológicos. Quanto ao parágrafo segundo, deve a proposta ser creditada ao IBDFAM de Pernambuco, presidido pelo advogado Eduardo Sertório, havendo a idéia nascido em reunião ordinária daquele instituto, da qual participaram o Des. Jones Figueirêdo Alves e os advogados Mário Delgado e Rodrigo da Cunha Pereira, este último presidente nacional do IBDFAM, com os seguintes argumentos, aos quais me acosto integralmente: 'Não se pode olvidar que muito se evoluiu nas áreas médica e genética nos últimos anos. Tais evoluções produzem um inevitável impacto na ciência jurídica, tendo em vista que a função primordial do Direito é abarcar as mudanças sociais, atribuindo-lhes segurança e um cunho de juridicidade. Um desses progressos científicos consubstancia-se no advento do Exame de DNA, atualmente essencial para a determinação da ascendência biológica. A sua utilização tornou-se corriqueira nas ações de investigação de paternidade, uma vez que, para a solução da lide, praticamente dispensa a produção de outras provas, conferindo um grau de certeza quase absoluto quanto à existência ou não do vínculo genético entre as partes envolvidas. Diante dessa descoberta científica inominável, o que fazer com os casos julgados antes do advento deste exame? Continuarão construídos sob uma ficção jurídica? Uma vez enfocando o ordenamento jurídico em sua totalidade, não se deve perder de vista uma análise principiológica, em que se torna inevitável um sopesamento da hierarquia ou da preponderância de princípios, utilizando-se, para tanto, dos valores elencados pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, pergunta-se: o que é mais relevante, o trancamento do processo através da coisa julgada ou o direito de personalidade que uma criança tem em conhecer a sua origem genética? Tendo em vista que a Constituição erigiu como fundamento da República o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elegeu a realização plena da personalidade como eixo axiomático fundamental, a balizar todas as relações da nova ordem jurídica, além de ser esta a nova hermenêutica a orientar o operador do Direito. Em razão dessa premissa metodológica de análise do tema, não há dúvidas da preponderância do direito da criança em saber a sua ascendência genética, o que não justifica a manutenção da coisa julgada nesses casos. Considerando que o advento do novo Código Civil é uma excelente oportunidade para o legislador atualizar a ciência jurídica no compasso dos fatos sociais, a possibilidade do destrancamento da ação de investigação de paternidade na qual não houve realização do exame de DNA é um apelo justo e cabível, devendo a nova lei abarcar esta questão'''.

parte final: “salvo se o autor desistiu, ou a instância foi perempta”¹⁰³. O novo dispositivo proscreeva a desistência por ser hipótese que subsume a extinção do processo¹⁰⁴.

A ação proposta pelo filho, tanto no Direito anterior como no vigente, é imprescritível. O CC 1916, entretanto, aos herdeiros, para a prova de filiação, assinava o prazo de um ano para a propositura da ação, contado o prazo da data do falecimento do menor ou incapaz, consoante o art. 178, § 6º, n. XII. O CC 2002 é silente a respeito da ação dos herdeiros. Vale dizer, não estipulou lapso prescricional específico; tampouco cuidou de demarcar prazo decadencial. Na Exposição de Motivos do Projeto, o Prof. Miguel Reale, acerca do tema prescrição e decadência, decompõe a fórmula adotada: “Prazo de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial”¹⁰⁵.

2.4. Prova da Filiação.

O art. 1.603 dispõe que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento inscrito no registro civil”¹⁰⁶.

A Lei nº 8.560, de 29.12.1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, havia revogado expressamente os arts. 332, 337 e 347 do CC 1916¹⁰⁷.

O assento no registro civil das pessoas naturais é dotado por lei de fé pública. A ninguém é dado vindicar filiação diferente da constante no registro, salvo se este estiver maculado por falsidade ou erro, nos termos do art. 1.604, cópia do art. 348 do CC 1916. Ocioso dizer que, além do erro e da falsidade, é

¹⁰³ “A perempção é a perda do direito de demandar daquele que, por três vezes, deu causa à extinção do processo por abandono, com fundamento no inciso III do art. 267”.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995-. v. 2, p. 73 Art. 267, inciso VIII, do CPC.

¹⁰⁵ “Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, datada de 16 de janeiro de 1975.

¹⁰⁶ Enunciado nº 108 da JDC/CEJ-CJF: “108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

¹⁰⁷ Eram as seguintes as redações dos artigos revogados: “Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção. Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se contraiu de boa-fé (art. 221). Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil”. Obs.: A redação do art. 337 foi dada pelo Dec. leg. nº 3.725, de 15.1.1919 (NEGRÃO, *op. cit.*, nota nº 1 ao art. 337, p. 116, *et. seq.*).

possível a argüição de qualquer outro defeito hábil a tornar o registro nulo ou anulável.

Não é necessário o ajuizamento prévio de ação de anulação de registro de nascimento para a manifestação de ação de investigação de paternidade, cuja procedência implica o cancelamento do assento¹⁰⁸.

É remansosa a jurisprudência hodierna na direção de que a paternidade biológica, provada de forma inconcussa, deve prevalecer sobre a constante do registro de nascimento, por apartado da realidade¹⁰⁹.

Reflete a jurisprudência uma tendência de dar relevo à paternidade socioafetiva, em detrimento da paternidade biológica¹¹⁰.

Tanto o art. 349 do Código Civil em vigor quanto o art. 1.605 do novo Código Civil¹¹¹ cuidam da possibilidade de falta ou defeito do termo de nascimento. Mantida uniformização terminológica, exclui o novo Código Civil a palavra "legítima". É, então, possível suprir a falta ou corrigir o defeito do termo de nascimento por qualquer modo admissível no Direito, desde que haja

¹⁰⁸ "A ação de investigação de paternidade pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, cujo cancelamento é simples consequência da ação que julga procedente a investigatória, sem necessidade de expresso pedido de cumulação" (STJ – 4ª T., REsp 203.208-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 29.10.01, In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, 1999-. Ementa nº 1.287, vol. 12, p. 135). Há decisões em sentido contrário, entendendo que. "constando no assento de nascimento do menor o nome do pai e da mãe, não há como desconstituir esse registro, mediante o reconhecimento da paternidade de terceiro. Para tal desiderato, é mister que se proceda primeiramente à anulação do ato notarial", julgando extinto o processo sem exame de mérito (TJDFT – 1ª TCív – Rel. Des. George Lopes Leite, j. em 8.5.2000, in DJU de 28.6.2000); idem: TJDFT – 2ª TCív – Rel. Des. Luiz Cláudio Abreu, j. em 12.6.1986, in DJU de 2.9.1986, p. 15.497.

¹⁰⁹ Cf. TJSP – 9ª CDPPriv. – Rel. Des. Marco César, j. em 4.9.2001, in JTJ, Lex, 248/184; TJDFT – 4ª TCív. – Rel. Des. Sérgio Bittencourt – j. 12.11.2001, in DJU de 6.3.2002, p. 98; TJDFT – 1ª TCív. – Rel. Edmundo Minervino – j. 2.9.1996, in DJU 6.2.1997, p. 1204; In: Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, v. 10, p. 112; e mais: Ementa nº 1.440 (v. 13, p. 136), Ementa nº 1.101 (v. 10, p. 131), Ementa nº 1.426 (v. 13, p. 134) etc.

¹¹⁰ "Ação de anulação de reconhecimento de filho extramatrimonial. Prevalência da paternidade socioafetiva, mesmo que não corresponda à paternidade biológica" (TJRS – EI 70000904821 – 4º G.C.Cív. – Rel. Des. Luís Felipe Brasil Santos, In: *ibid.*, Ementa nº 1.087, v. 12, p. 134). "É carecedor da ação visando a desconstituir o registro de nascimento, o pai que reconhece a filha, sabedor da inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva. Vedação dos arts. 104 e 1º da L. 8.560/92" (TJRS – EI 70000904821 – 4º G.C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 3.10.2001, In: Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, v. 14, p. 120, Ementa nº 1.553).

¹¹¹ PL nº 6.960/02: "Art. 1.605. Na falta, defeito, erro ou falsidade do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito". Justificação: "Este dispositivo está em desacordo com o princípio da verdade real nas relações de filiação, conforme sugestão da professora Regina Beatriz Tavares da Silva, pois o reconhecimento forçado da paternidade ou da maternidade, ainda com o advento do exame de DNA, independe de 'começo de prova por escrito' ou de 'veementes presunções resultantes de fatos já certos', devendo ser eliminados os incisos, deixando-se somente o seu caput".

começo de prova por escrito proveniente dos pais, conjunto ou separadamente, ou quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos¹¹².

2.5. A Extinta Figura da Legitimação.

Não custa dar uma palavra no que toca à hoje superada figura da legitimação, pela qual os filhos legitimados eram em tudo equiparados aos legítimos (art. 352 do Código Civil). O que se chamava de legitimação é o que no presente se denomina equiparação dos filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente convolveram núpcias, nos termos do art. 353 do CC 1916, com remissão ao art. 229 do mesmo Código.

Há de ter-se presente que não há mais distinção entre filho legítimo, legitimado, ilegítimo e adotivo. Todos são filhos sem outras qualificações (art. 227, § 6º, da Constituição Federal e art. 20 do ECA).

Após o advento da Constituição Federal de 1988, dada a equiparação, tornou-se também desnecessária a regra do art. 354 do estatuto revogado, a exemplo dos arts. 352 e 353 que o precediam.

O registro da legitimação estava previsto no art. 103 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Esse preceito tornou-se inócuo em face do que dispõe o art. 227, § 6º, 2ª parte, da Constituição Federal.

Num primeiro momento, pensou-se na readaptação da nova realidade, tanto assim que o art. 1.615 do texto do projeto do novo Código Civil aprovado pelo Senado Federal estava assim redigido:

“Art. 1.615. Equiparam-se aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente casaram.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aproveita aos descendentes dos filhos falecidos”.

A supressão desse artigo, por desnecessário, foi aprovada com base na Emenda nº 217 do Relator-Geral da Câmara dos Deputados.

A essência da legitimação, em suma, residia em tornar legítimos – em decorrência da distinção existente na época – filhos havidos ou concebidos sem o liame do casamento. Nada tinha a ver, nem podia ser embaralhado ou confundido com a adoção, ainda que plena.

¹¹² Enunciado nº 109 da JDC/CEJ-CJF: “109 – Art. 1.605: a restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando”.

3. Do Reconhecimento dos Filhos.

3.1. Conceito e Espécies.

Um conceito ontológico e teleológico de reconhecimento de filho pode ser formulado a contar da monografia de Eduardo Espínola, adaptado para o presente: *“Para regular e assegurar as relações entre os pais e os filhos,”* – havidos fora do matrimônio – *“e tornar eficientes os direitos destes e a proteção que lhes é devida, como consequência da procriação, a ordem jurídica instituiu o reconhecimento, o que pode ser voluntário ou coativo (resultante da investigação da maternidade ou da paternidade)”*¹¹³.

3.2. Natureza Jurídica.

O reconhecimento voluntário de filho havido fora do casamento é ato jurídico dos pais, que pode ser exercido em conjunto ou separadamente (art. 1.607)¹¹⁴, de caráter personalíssimo¹¹⁵, imprescritível e irrevogável¹¹⁶, mesmo quando feito em testamento (art. 1.610)¹¹⁷, a menos que contenha vício intrínseco que o contamine de vez¹¹⁸, pois não faria sentido a revogação ou até mesmo a retratação de ato revelador de uma verdade até então desconhecida.

¹¹³ ESPÍNOLA, *op. cit.*, p. 507, *et seq.*

¹¹⁴ O art. 1.607 corresponde ao art. 355 do CC 1916, que, por conter a qualificação “ilegítimo”, entrou em conflito com o art. 227, § 6º, da CF e foi superado pelo art. 26 do ECA (NEGRÃO, *op. cit.*, nota nº 1 ao art. 355, p. 188).

¹¹⁵ Não pode ser exercido senão pelos pais; nem mesmo os ascendentes, descendentes ou irmãos do reconhecente podem fazê-lo. Mandatário com poderes especiais e expressos, sim.

¹¹⁶ *“O ilustre Barbosa Moreira deixou consignado, quando desembargador do TJ/RJ, que o ‘que não se admite, por parte do reconhecente, é a pura e simples retratação. O ato é irrevogável: não pode ser desfeito só porque o reconhecente muda de idéia, sinta-se arrependido de havê-lo praticado. Mas não há confundir revogação com anulação: aquela se resolve na mera retirada da declaração de vontade anterior, esta representa o corolário de um defeito legalmente previsto como capaz de sujeitar o ato a desfazer-se, mediante provocação do interessado”* (Direito Aplicado, Forense, 1987, p. 292, *apud* TJSP – AR 78.645-4/3 – 3ª CDPriv. – Rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. em 15.5.2001, In: Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, v. 10, p. 112-116).

¹¹⁷ Prevalece o entendimento segundo o qual a revogação do testamento não acarreta a revogação do reconhecimento, desde que passível de comprovação, conforme a modalidade do ato de última vontade em que estiver contido (público, cerrado, particular etc.). De qualquer forma, se não puder ter eficácia como reconhecimento pronto e acabado, valerá como começo de prova. A propósito, podem ser coladas as lições de: Caio Mário da Silva Pereira (*op. cit.*, p. 192, *et seq.*); Pontes de Miranda, que critica decisões em sentido contrário (*op. cit.*, p. 105-107); Orlando Gomes (*op. cit.*, p. 343); e Maria Helena Diniz (*op. cit.*, p. 329). Esta é a dicção do art. 256 do CC italiano: *“Il riconoscimento è irrevocabile. Quando è contenuto in un testamento há effetto dal giorno della morte del testatore, anche se il testamento è stato revocato.”*

¹¹⁸ Perlustra Caio Mário da Silva Pereira os casos mais frequentes de desconstituição do reconhecimento por testamento: *“...por demência do testado, porque a sua ineficácia, no caso, vai alcançar a validade intrínseca da declaração de vontade. Ineficaz será, igualmente, se anulado por incapacidade do testador. Mas, se for anulado por defeito de forma, a confissão nele mantida há de ser proveitosa e aproveitada”*. PEREIRA, *op. cit.*, p. 193

Como tal, realizado o reconhecimento, os direitos e deveres correlatos são os inerentes ao estado de filiação **ex vi legis**. O corolário que se extrai daí é o de que são ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento de filho (art. 1.613/361 CC 1916). É *“um actus legitimus, isto é, não tem condições nem termos”*¹¹⁹.

“A própria nulidade do testamento, se deixa incólume, formalmente, o reconhecimento, não atinge materialmente a esse”, assevera Pontes de Miranda, de forma incisiva¹²⁰.

O art. 1.852, 1, **in fine**, do CC português é, também, expresso a respeito de não admitir na perfilhação voluntária condição ou termo; o item nº 2 dessa determinação legal afirma que cláusulas ou declarações proibidas não invalidam o reconhecimento, mas têm-se por não escritas¹²¹.

3.3. Contestação da Maternidade Constante do Registro de Nascimento.

Consoante o art. 50 da Lei nº 6.015, de 31.12.1973 (Lei dos Registros Públicos), todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro. Os obrigados a fazer a declaração de nascimento, nos termos do art. 52 do mesmo diploma legal, são:

“1º) o pai;

2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco dias;

3º) no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior e achando-se presente;

4º) em falta ou impedimento do parente referido no número anterior, os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto;

5º) pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe;

6º) finalmente, as pessoas (VETADO) encarregadas da guarda do menor.

§ 1º *Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir atestação*

¹¹⁹RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. de Paolo Capitanio; atual. por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2, p. 283

¹²⁰MIRANDA, *op. cit.*, p. 107

¹²¹No mesmo diapasão, ainda a título de mera exemplificação, dispõe o art. 257 do CC italiano: *“É nulla ogni clausola diretta a limitare gli effetti del riconoscimento”*.

do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido.

§ 2º *Tratando-se de registro fora do prazo legal o oficial, em caso de dúvida, poderá requerer ao juiz as providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato*”.

Constando do termo de nascimento do filho a maternidade, a mãe só poderá contestá-la provando a falsidade do termo ou das declarações nele contidas (art. 1.608 CC/art. 356 CC 1916).

3.4. Reconhecimento de Nascituro e de Filho Falecido.

“O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes” (art. 1.609, parágrafo único). Não há artigo correspondente no CC 1916, mas é repetição do art. 26, parágrafo único, do ECA, apenas com alteração de redação.

3.5. Reconhecimento de Menores e Prazo para Impugnação.

O art. 178, § 9º, inciso VI, do CC 1916, que estabelecia o prazo prescricional de quatro anos para a ação do filho natural impugnar o reconhecimento, contado da maioridade ou emancipação, não tem correspondente no atual diploma civil.

Tanto o indigitado inciso VI como a parte final do art. 362 do CC 1916 foram tidos por implicitamente revogados pelo art. 27 do ECA¹²².

Acontece, porém, que o art. 1.614 praticamente repetiu o art. 362 do CC 1916¹²³, de sorte que, em virtude da operação ocorrida quanto à prescrição e decadência, agora o prazo de quatro anos voltou a vigorar, mas como decadência¹²⁴. Ainda que criticável essa orientação, **legem habemus**.

¹²² “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

¹²³ Houve apenas a supressão do advérbio “dentro”.

¹²⁴ PL nº 6.960/02: “Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento após sua maioridade”. Justificação: “O prazo disposto no artigo 1.614, de quatro anos contados da maioridade do filho para a impugnação da paternidade, está em desacordo com o princípio da imprescritibilidade do direito ao reconhecimento da filiação, já estatuído na Lei 8.069/90, art. 27, e também reconhecido neste Código. Se o filho não pode impugnar a relação de filiação constante de seu registro de nascimento, após o prazo referido neste dispositivo, conseqüentemente não poderá obter o reconhecimento da verdadeira relação de filiação, cuja ação perderá o caráter de imprescritibilidade (Sugestão da professora Regina Beatriz Tavares da Silva)”.

3.6. Formas Pelas Quais Pode Ser Feito o Reconhecimento.

O reconhecimento pode ser feito: no próprio registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e, finalmente, 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. Essas formas ou modos de reconhecimento estão disciplinados no art. 1.609, que amplia o art. 357 do **codex** revogado, que não previa o escrito particular, não se referia à possibilidade da manifestação incidental do testador, tampouco à manifestação perante o juiz¹²⁵.

O reconhecimento coativo de estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (art. 27 do ECA).

Qualquer filho, oriundo de relação fora do casamento, **ex vi** do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, norma plena e de eficácia imediata, pode ser reconhecido voluntária ou judicialmente (art. 1.607 CC/art. 355 CC 1916), incluídos os outrora chamados adúlteros e incestuosos.

A despeito disso, a questão dos filhos denominados incestuosos está a merecer maior reflexão, devendo prevalecer a corrente dos que entendem que a melhor solução é a que deixa a questão ao prudente arbítrio do juiz, ouvido o Ministério Público, dadas as implicações sociais, psicológicas e morais que a exteriorização da filiação pode causar em detrimento do próprio filho, ao longo de sua vida. No particular, Zeno Veloso entende mais salutar que, nas certidões de nascimento, conste apenas o nome de um dos genitores,

¹²⁵ PL nº 6.960/02: “Art.1.609 [...] §1º [...] §2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e a qualificação do suposto pai, a fim de ser averiguada a procedência da alegação. Se confirmada a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro para a devida averbação. Negada a paternidade, inclusive por falta de comparecimento do suposto pai em Juízo, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou ao órgão competente para que promova, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade. § 3º No caso do parágrafo anterior, a iniciativa conferida ao Ministério Público ou órgão competente não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a ação investigatória”. Justificação: “A sugestão é da professora Regina Beatriz Tavares da Silva. Diz ela haver omissão do artigo no que se refere ao reconhecimento oficioso, que é subespécie do reconhecimento voluntário, o qual não tem a característica da espontaneidade, ocorrendo quando o pai confirma o vínculo de parentesco, diante de sua notificação judicial, após a remessa de certidão do registro, pelo Oficial do Registro Civil ao Juízo competente, apenas com a maternidade reconhecida e a qualificação do suposto pai. Essa espécie de reconhecimento foi prevista no art. 2º da Lei 8.560/92 e não consta deste artigo, devendo nele ser inserida”.

aberta a investigação ampla, com autorização do juiz, desde que tal seja necessário para o filho provar a sua ascendência¹²⁶.

3.7. Residência e Guarda do Filho Reconhecido.

Reconhecido o filho havido fora do casamento, apenas por um dos cônjuges, não poderá ele residir no lar conjugal sem o consentimento do outro cônjuge (art. 1.611 CC/art. 359 CC 1916). Reconhecido o filho, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor (art. 1.612 CC/art. 360 CC 1916). Como se vê, deu-se preferência aos interesses do menor, no caso de desavindos os pais, no que toca à guarda.

3.8. Posse de Estado de Filho.

Dá-se a posse de estado de filho quando houver uma relação socioafetiva, notória, contínua, reiterada e uniforme, entre pessoas, como se pais e filhos fossem de direito.

Segundo a doutrina, como disserta José da Costa Pimenta, “os elementos da posse de estado são, tradicionalmente, três: (1) o nome (**nomen**), (2) o tratamento (**tractatus**) e (3) a reputação (**fama**)”¹²⁷.

O primeiro desses elementos ocorre com a utilização do nome de família do pai pela pessoa tida como filho; o tratamento (**tractatus**) é o exteriorizado pela satisfação dos bens de vida (subsistência, educação, recreação, assistência-saúde etc.) deste por aquele, incluído o relacionamento afetivo; por fim, a reputação ou fama é a notoriedade desse relacionamento no círculo social em que vivem essas pessoas.

Lamentavelmente, nem o CC 1916 nem o atual agasalharam essa figura, encontradiça em várias legislações estrangeiras, como indica Zeno Veloso, em sua consagrada monografia:

“Posse de estado de filho, como diz o art. 270 do Código Civil italiano, é a que resulta de vários fatos, os quais, no seu complexo, constituem grave indício das relações de filiação entre uma pessoa e aquela à qual a filiação é atribuída, e esses fatos são os seguintes: que a pessoa tenha sido tratada como filho do indigitado pai e que tenha, como tal, atendido à manutenção, à educação e à colocação dela; que a pessoa tenha sido constantemente considerada como filho nas relações sociais.

¹²⁶ VELOSO, *op. cit.*, p. 93, *et seq.*

¹²⁷ PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Lisboa: Liv. Petrony, 2001. p. 154

No Código Civil português, art. 1.871, 1, após a reforma de 1977, diz-se que a paternidade se presume quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público.

O art. 113, alínea 1, do Código Civil espanhol dispõe que a filiação se estabelece pela inscrição no Registro Civil, pelo documento ou sentença que a determina legalmente, pela presunção de paternidade matrimonial, e, na falta dos meios anteriores, pela posse de estado.

Na França, o art. 311-1 do Código Civil edita: 'La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. La possession d'état doit être continue' ('A posse de estado é estabelecida por uma reunião suficiente de fatos que indicam a relação de filiação e de parentesco entre um indivíduo e a família à qual se diz que ele pertence. A posse de estado deve ser contínua'). Nesse país, a posse de estado é um modo fatural, autônomo, distinto e plenamente suficiente de estabelecimento da filiação (cf. Gérard Cornu, *Droit Civil – La Famille cit.*, n.º 258, p. 350) (omissis).

O velho instituto jurídico da posse de estado de filho é adotado pelos principais sistemas jurídicos europeus, inclusive o belga, reformado em 1987. O Código Civil da província canadense de Quebec, que é semelhante ao direito europeu continental, regula, igualmente, a posse de estado no art. 524, em termos análogos ao art. 311-1 do Code Napoléon¹²⁸.

Para finalizar, despidendo lembrar que o estado de filho vai se constituir em excelente meio probatório da filiação, nos termos dos incisos do art. 1.605 (art. 349 CC 1916).

3.9. Investigação de Maternidade e de Paternidade.

Tanto pode haver investigação de paternidade como de maternidade. Quanto à última, deve estar presente o que já foi dito em relação ao art. 1.604 (art. 348 CC 1916) e ao art. 1.608 (art. 356 CC 1916).

A investigação de paternidade e de maternidade é permitida nos casos em que aos pais se faculta a possibilidade de reconhecer o filho, como doutrina Arnoldo Wald, que sintetiza esse pensamento dizendo que a ação de investigação da paternidade pode ser encarada como se fosse um reconhecimento forçado ou coativo¹²⁹.

¹²⁸ VELOSO, *op. cit.*, p. 32-34

¹²⁹ WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 161

Os filhos havidos fora do casamento, nos termos do art. 363 do CC 1916, tinham ação contra os pais ou seus herdeiros para demandar o reconhecimento da filiação se:

- a) ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai;
- b) a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou com suas relações sexuais com ela; ou,
- c) existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade reconhecendo-a expressamente.

O art. 1.624 do texto aprovado pelo Senado Federal modificava esse preceptivo do CC 1916, e assim rezava:

“Os filhos havidos fora do casamento têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

II - se a concepção do reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou com suas relações sexuais com ela;

III - se existir declaração daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a”.

Esse texto, contudo, foi suprimido do novo Código Civil, com a aprovação da Emenda nº 223 da Câmara dos Deputados, por inconstitucionalidade, acolhido o seguinte parecer:

“O dispositivo de que trata a presente Emenda se acha prejudicado face ao artigo 1.616, segundo a redação dada pela Emenda nº 215, a considerar que o direito de ação é imprescritível e indisponível, não comportando limitações em homenagem ao princípio da verdade real.

As cláusulas nele insertas são limitadas às condições que aponta, não podendo o dispositivo apresentar-se restritivo ao direito dos filhos, que sabidamente são protegidos pela Constituição Federal, não mais distinguindo entre filhos legítimos (nascidos dentro do casamento), legitimados (nascidos fora mas cujos pais posteriormente se casam) e ilegítimos (nascidos fora do casamento), a tanto suprimidos do projeto todos os dispositivos oriundos de tais distinções.

A inconstitucionalidade do artigo em comento impõe a sua supressão, a exemplo do artigo 1.615, igualmente afastado do texto”.

O art. 1.625, igualmente do texto aprovado no Senado, previa que a relação incestuosa reconhecida em sentença recorrível não provocada pelo filho ou quando comprovada em declaração escrita do pai, fazia certa a paternidade. A Emenda nº 224 da Câmara, porém, eliminou esse artigo para adequar o novo Código Civil à Constituição.

A contestação da ação de investigação de paternidade ou maternidade pode ser formulada por qualquer pessoa que justo interesse tenha (art. 1.615 CC/art. 365 CC 1916¹³⁰).

¹³⁰ PL nº 6.960/02: “Art. 1.615. Os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, sendo esse direito imprescritível. § 1º A ação pode ser intentada antes ou depois do nascimento do filho. § 2º Nas ações de filiação são admitidas todas as espécies de prova, inclusive as biológicas. § 3º Há presunção da relação de filiação diante de recusa injustificada à realização das provas médico-legais. § 4º A posse do estado do filho, comprovada em juízo, presume a paternidade, salvo se o investigado provar que não é o pai. § 5º Se a mãe convivia com o suposto pai durante a época da concepção, presume-se a paternidade, salvo prova em contrário. § 6º Quando o autor da ação investigatória já tiver uma filiação anteriormente estabelecida, deverá, prévia ou simultaneamente, desconstituir o registro da aludida filiação. § 7º A ação investigatória compete ao filho enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz; se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. § 8º Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade. § 9º A sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade fixará os alimentos em favor do reconhecido que deles necessite”. Justificação: “A sugestão é do Professor Zeno Veloso, um dos maiores especialistas brasileiros em matéria de filiação, reconhecido internacionalmente. Apesar de todo o esforço que empreendi na relatoria-geral, dado aos óbices regimentais por todos conhecidos, é de se reconhecer que o tema da filiação não corresponde às expectativas no novo Código Civil. Não estão bem separadas as hipóteses da filiação matrimonial que é estabelecida pela presunção pater is est, da filiação extramatrimonial, que depende do reconhecimento, da perfilhação, voluntária ou judicial. Embora não sejam admitidas discriminações ou desigualdades, sem dúvida, são situações diferentes. A alteração proposta não tem o escopo de resolver todas as questões, o que dependeria de uma ampla reforma legislativa a respeito da filiação, como se fez em quase todos os sistemas modernos: Suíça, Bélgica, França, Itália, Argentina e Chile, por exemplo. O atual art. 1.615 diz que qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade. Mas o Código não dá os requisitos desta ação. Menciona, no art. 1.606, a ação de prova da filiação, e parece, pela colocação da matéria que trata da filiação matrimonial. Na nova redação sugerida no art. 1.615, busco remediar o problema, incorporando alguns aspectos que decorrem da doutrina e da jurisprudência, como presumir a paternidade nos casos de posse de estado de filho e de a mãe conviver com o suposto pai na época da concepção. Proponho, ainda, atendendo a sugestão da professora Regina Beatriz Tavares da Silva, o acréscimo de disposição (§ 3º), prevendo expressamente que a recusa à realização das provas médico-legais pelo investigado presume a paternidade. Na jurisprudência, o art. 359, II, do C.P.C. tem servido de fundamento à presunção da paternidade em face da recusa à realização da prova médico-legal pelo investigado. Mas este artigo não se refere expressamente à prova pericial, dispondo que ‘Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: II – se a recusa for havida por ilegítima’. Cite-se, a propósito, o seguinte acórdão: ‘Investigação de paternidade – Exame hematológico – Recusa imotivada do requerido a comparecer ao exame pericial – Ato que leva a presunção da paternidade, mormente se aliado a provas que corroboram a existência de relacionamento amoroso entre o investigado e a genitora da investigante. Presume-se a paternidade de quem se recusa, imotivadamente, a realizar exame hematológico, traduzindo temor ao resultado, mormente quando há nos autos provas que corroboram ter existido relacionamento amoroso entre o investigado e a genitora da investigante’ (10ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 139.554-4/1, j. 14.03.2000, Relator Desembargador Ruy Camilo, in RT 778/266)”.

A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, podendo ordenar que o filho se eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade (art. 1.616 CC/art. 366 CC 1916).

Por derradeiro, a filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo (art. 1.617 CC/art. 367 CC 1916).

Na ação de investigação de maternidade e de paternidade, merece especial atenção o exame pericial DNA.

O DNA – ácido desoxirribonucléico –, ou seja, o portador da mensagem genética, encontra-se elucidado, em linguagem acessível, por Jaime Espinosa, *“como uma longa fita em que estão ‘escritas’, em letras químicas, as nossas características (por exemplo, cabelo claro ou escuro, encaracolado ou liso, tendência à calvície, altura maior ou menor, até mais ou menos tendência à introspecção etc.). Uma frase completa (‘Fulano de Tal ficará careca por volta dos quarenta anos’, por exemplo) corresponde a um gene; e sobre a fita do DNA, há uma longa série de frases encadeadas (genes), embora não necessariamente relacionadas umas com as outras. Cada célula humana dispõe de 23 pares de fitas dessas, a que se dá o nome de cromossomos.*

*O conjunto total da informação contida nos cromossomos de uma célula humana recebe o nome de genoma*¹³¹.

Depois de reconhecer a capacidade probatória dos testes de DNA, em Portugal conhecido pela sigla ADN, o professor Guilherme de Oliveira formula a seguinte advertência de salutar prudência, **ipsis litteris**:

“A recolha de material biológico tem de excluir toda a mistura ou degradação que possa dar origem a um resultado falso; a execução técnica tem de contar com a possibilidade de o mesmo indivíduo produzir representações gráficas com pequenas diferenças, ainda não completamente explicáveis, e também com a possibilidade de haver erros na transcrição gráfica; por último, ainda não existem estudos suficientemente amplos sobre a possibilidade de uma coincidência casual de códigos genéticos, sobretudo no seio de populações com características semelhantes”.

E em seguida remata o preclaro catedrático de Coimbra:

“Os êxitos destes métodos têm criado a convicção de que o juiz nada pode acrescentar acerca do valor probatório das conclusões periciais; e, porventura, a sua intervenção só pode deturpar a firme objectividade dos

¹³¹ ESPINOSA, *op. cit.*, p. 71, *et seq.*

peritos. A afirmação seguinte é a de que as questões de prova deixarão de ser assunto para o tribunal para se tornarem meras questões de laboratório. Creio, porém, que a opinião dominante continuará a ser a opinião tradicional, que mantém o juiz como 'o senhor da prova'. É claro que o tribunal não contestará directamente os juízos científicos e técnicos dos peritos; mas caber-lhe-á, de um modo geral, o controlo dos factos sobre que assentaram as perícias, incluindo a certeza sobre a garantia de boa qualidade da execução delas; ao que acresce a necessidade de garantir não só o contraditório mas também a 'igualdade das armas técnicas' das partes¹³².

Em caso de recusa de submeter-se o suposto pai ou a suposta mãe ao exame DNA, nada está a justificar a condução coercitiva de um ou de outro, ou de ambos. Entre o direito atribuído a uma pessoa de conhecer seus ascendentes e o direito à dignidade humana (no qual estão subsumidos, também, o direito à preservação da intimidade, o direito à intangibilidade do corpo humano etc.), deve prevalecer o último, pois este é tutelado pelo "eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana"¹³³, insculpido no 1º art., inciso III, combinado com o art. 5º, II e X, ambos da CF 88.

A isso vêm juntar-se as circunstâncias de que, em se tratando de matéria de fato, a questão insere-se na instrumentalidade do processo, de sorte que a filiação pode ser provada por outros meios, além de militar forte presunção de paternidade ou de maternidade da pessoa que se recusa a submeter-se a tal exame.

Em suma, não deve ser sacrificado um direito em nome de outro, mormente quando aquele foi erigido pelo constituinte como direito fundamental da pessoa humana¹³⁴.

Para pôr cobro a eventuais incertezas, ao óbice constitucional vieram a adir os arts. 231 e 232 (ambos sem correspondentes no CC 1916). O primeiro dispositivo reza: "aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"; enfática, por seu turno, a

¹³²OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 105, *et seq.*

¹³³FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996. p. 151

¹³⁴ Nessa vereda caminha a jurisprudência da Máxima Corte, podendo ser citada, entre outras, a seguinte ementa: "Investigação de Paternidade – Exame DNA – Condução do Réu 'Debaixo de Vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF – HC n. 71.373/RS – Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. em 10.11.1994. in DJU de 22.11.1996, p. 45.686, Ementa nº 1.851, v. 2, p. 397).

dicção do art. 232: *“a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”*.



A Tributação dos Serviços Prestados pelas Provedoras da Internet

Eliana Calmon

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição Federal determina que sobre a prestação de serviços de comunicação incida o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (art. 155, II), residindo aí a raiz da questão ora em debate: o serviço de acesso à *Internet* é ou não serviço de comunicação? Observe-se que o conceito de comunicação contido na Carta Magna, para efeito de tributação do ICMS, é restrito, por envolver apenas o serviço de comunicação.

A restrição conceitual é óbvia, porque, se assim não fosse, seria fonte geradora do ICMS o fato de alguém se comunicar com outrem pela palavra escrita ou falada. Daí a advertência do Professor Delvani Alves Lima¹:

“A regra matriz do ICMS sobre serviços de comunicação é prestar serviços de comunicação e não realizar comunicação.”

Mas o que vem a ser a *Internet*, essa utilíssima ferramenta de comunicação? *Internet* é uma poderosa rede internacional de computadores, que, por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informática, permite a realização de atividades como correio eletrônico, grupos de discussões, computação de longa distância, transferência de arquivos, lazer, compras etc (Larousse Cultural).

Para se ter acesso a essa rede internacional, usam-se os serviços do chamado *Provedor de Acesso*, que funciona como uma espécie de “*chave que destranca a porta da internet*”². Assim, tem-se, de um lado, o aparato

¹ LEME, Delvani Alves. Tributação dos provedores da Internet – ICMS ou ISSQN. In: DIREITO tributário atual. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2001. p. 297-319

² FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Direito tributário: temas pontuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 182 p.

material que dá suporte à Internet, chamado de "serviço de meio físico", na linguagem de Pontes de Miranda, e, do outro, o serviço que propicia ao interessado chegar a esse meio físico, que é a atividade desenvolvida pelo *Provedor*, não sendo possível unir ambos os serviços, visto serem eles bem distintos. O provedor nada cria, apenas viabiliza a outrem chegar até às informações. Aliás, é bom destacar que os "serviços da internet" compreendem variadas prestações, desde a divulgação até o serviço de correspondência entre interlocutores, por via dos *e-mails*, passando pelas operações bancárias, serviço de compra e venda etc.

Dentro de uma simplória descrição, necessária segundo a minha ótica, para a compreensão da questão tributária, temos que o usuário, para ter acesso à *Internet*, necessita dispor de um computador, de uma linha telefônica e de um *software* específico. Mesmo os locais que dispõem de acesso direto ao provedor, sem utilizar-se de linha telefônica particular, não dispensam o uso da telefonia. Ademais, modernamente, é até possível o uso da Internet via rádiofreqüência, sem participação do serviço de telefonia.

A rede telefônica, meio de chegar o usuário ao provedor e, a partir daí, conectá-lo à rede, configura serviço de telecomunicação, pago de acordo com a quantidade de pulsos utilizados, conforme discriminado na conta telefônica, sobre cujo valor incide o ICMS.

O provedor exerce dois papéis fundamentais: age como publicitário, alimentando a rede com informações – *Provedor de Informações* –, ou permite a conexão do usuário à rede – *Provedores de Acesso*. A função dos últimos é a do nosso interesse, porque é sobre esse trabalho que existe a polêmica tributária.

Pergunta-se: Qual a natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de acesso? O CONFAZ firmou entendimento de que se trata de serviço de telecomunicações e, como tal, deve sofrer a incidência do ICMS.

Em verdade, temos, na espécie, uma multiplicidade de relações desencadeadas por um só toque no computador, e não se pode olvidar que há uma relação jurídica contratual do usuário com a telefônica, pela qual paga ele os serviços de telefonia e o ICMS, serviço que não se confunde com o estabelecido entre o usuário e o provedor por ele eleito para fazer a ligação com a rede internacional de computadores. Esses provedores, por seu turno, para desempenharem a atividade precípua, utilizam-se da ligação telefônica por canais especiais.

O serviço realizado pelos provedores, para alguns, é de comunicação sujeito ao ICMS e, para outros, é uma mera prestação de serviço - serviço de valor adicionado, sujeito ao ISSQN.

Dividem-se os juristas, sendo certo que a doutrina, de forma majoritária, vem proclamando a não-incidência do ICMS, por não identificar o *fato gerador* no trabalho dos provedores do serviço de comunicação e sim serviço no qual se usa como apoio o serviço de telefonia.

Com efeito, agem os provedores como monitores ou facilitadores do usuário, colocando à disposição dos seus clientes equipamentos e *softwares* que dão acesso e facilitam a utilização do sistema, mas, em verdade, são ambos, provedores e usuários, tomadores do serviço de comunicação, cujo suporte maior e imprescindível é o serviço de telecomunicação.

O serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet é fonte geradora de riqueza, porque geralmente operam a título oneroso, identificando-se conteúdo econômico na atividade desenvolvida. No XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário³, em outubro de 2001, na cidade de São Paulo, foram tomadas algumas posições.

Sintetizando, temos conclusões das comissões formadas por ilustres tributaristas⁴:

“Respostas às questões formuladas pela Comissão Organizadora:

1) Qual o significado do termo “serviço de comunicação” contido no art. 155, II, da Constituição Federal? Pode ele ser aplicado a um provedor de acesso à Internet para fins de tributação pelo ICMS?

[...] ‘Serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso.

A competência para definir quais são os serviços de telecomunicações é da União Federal, que, ao editar a Lei Geral de Telecomunicações, de forma compatível com a Constituição Federal, excluiu os serviços prestados pelos provedores.

As atividades desenvolvidas entre os provedores de acesso e os usuários da Internet realizam-se, também, mediante a utilização dos serviços de telecomunicações, sendo ambos, portanto, usuários dos serviços de telecomunicação. Logo, a atividade exercida pelos provedores de acesso em relação a seus clientes não se confunde nem com os serviços de

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Tributação na Internet: relatório do XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 1-5, jan. 2002.

⁴ *id. ibid.*

telecomunicação, nem com os serviços de comunicação. Tal atividade não está sujeita a ICMS e, por não constar da lista de serviços, também não se sujeita ao ISS' (72 X 3).

[...] 2) A aquisição de software através do sistema de download, realizada por usuário localizado no Brasil e site localizado no exterior, é passível de tributação pelo ICMS (compra de mercadoria) e II (entrada no País de bem/serviço estrangeiro)? Em caso positivo, seria possível à autoridade tributária identificar os fatos geradores dos tributos, assim como fiscalizar o recolhimento destes impostos?

[...] 'A aquisição de software por encomenda não é passível de tributação, quer pelo ICMS, quer pelo II, por não se estar diante de mercadoria ou produto.

A importação do chamado software de prateleira por meio de download não se sujeita à tributação pelo ICMS ou pelo II, porque o software em si não consubstancia mercadoria ou produto' (74 X 1).

[...] 3) Pode a autoridade tributária brasileira solicitar de provedor de acesso à Internet dados relativos a contribuinte, sem com isto estar ferindo o art. 5º, XII, da Constituição Federal? E se a exigência for dirigida a um provedor de hospedagem de site?

[...] 'Não. A autoridade tributária não pode solicitar de provedor de acesso à Internet, independentemente de determinação judicial, dados de terceiros cobertos pelo sigilo de que cuida o art. 5º, XII, da CF. Se estas informações, detidas pelo provedor de acesso, estiverem disponíveis ao público, não há privacidade, podendo a Administração obter tais dados diretamente pelos meios disponibilizados.

A resposta é a mesma quando se trata de provedor hospedeiro de site. Quando os dados estiverem disponibilizados a todos, genericamente, não há sigilo, podendo a Administração obter os dados que julgar necessários. Na hipótese contrária, os dados alcançados pelo sigilo só podem ser disponibilizados à Administração por força de ordem judicial' (74 X 1).

[...] 4. A comunicação jornalística e de natureza editorial, via Internet, goza da imunidade tributária do art. 150, inc. VI, letra d, da Constituição Federal?

[...] 'Sim. A comunicação jornalística e de natureza editorial, realizada através da Internet, é alcançada pela imunidade tributária do art. 150, VI, d, da CF, cuja finalidade é incentivar a livre manifestação do pensamento, a informação, a formação e a cultura, veiculadas por qualquer meio - Entendimento diverso implicaria cancelar o atraso tecnológico' (74 e 1 abstenção)."

Quero aqui destacar a posição do Professor Marco Aurélio Greco, que, em livro de sua autoria⁵, conclui que o serviço prestado pelos provedores é serviço de comunicação sujeito à incidência do ICMS, seja pelo tipo da atividade, seja pela utilidade proporcionada, ou seja, pelo ângulo do usuário e/ou pelo ângulo do provedor. Para o jurista em tela, a Lei de Organização dos Serviços de Telecomunicações - LGT não é parâmetro para definir-se o que é ou não tributável pelo ICMS. E argumenta:

"Aliás, ela própria exclui do conceito de telecomunicação um serviço que, inequivocadamente, configura prestação de serviço de comunicação (provimento de capacidade em satélite)."

Vista a posição doutrinária, vejamos a legislação pertinente, a partir da análise dos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, especificamente citada no especial como objeto de vulneração pelo acórdão recorrido:

"Art. 60 Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61 Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de

⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000. 223 p.

telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

Não tenho dúvida em classificar a atividade desenvolvida pelos provedores, diante do inteiro teor da norma, como sendo *Serviço de Valor Adicionado*, excluído expressamente do § 1º transcrito da rubrica serviço de telecomunicações.

Aliás, na anterior Lei nº 9.295, de 19.7.1996, igual disposição estava no art. 10, o que demonstra a confirmação do posterior entendimento legislativo.

Não se olvida que, pela Internet, tem-se uma rede de comunicação entre computadores, o que resulta na prestação de serviço de transmissão, a distância, de idéias, de dados e de imagens diversas. Entretanto, segundo minha ótica, não há respaldo para que o Fisco faça nascer daí um liame jurídico, tributário, o que seria, em termos concretos, fazer incidir o ICMS sobre o tráfego telefônico, já tributado.

O STF ainda não se pronunciou a respeito, havendo, no que mais se aproxima do tema, a decisão da Primeira Turma da Corte Maior, em torno dos softwares de prateleira, considerados como mercadorias (RE 176.626-6/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence e RE 199.464-99, rel. Min. Ilmar Galvão).

O entendimento da Corte Maior foi o de que, na licença de um software padrão, existem dois contratos, de cessão de uso e de fornecimento, nos quais não há incidência do ICMS, reservando-se a tributação do imposto estadual para a reprodução em massa de programas em disquetes, de fitas de vídeo ou software.

No STJ, a Primeira Turma tem um acórdão da relatoria do Ministro José Delgado que, em longo e judicioso voto, concluiu serem de comunicação, espécie de serviço de telecomunicações, o prestado pelos provedores.

Para ser fiel ao que foi dito no voto condutor, transcrevo as suas conclusões:

“a) Considero provedor como sendo um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo ‘aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *Internet*, seja armazenando e

disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à Internet (SCI)⁶;

b) O provedor vinculado à *Internet*, tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática;

c) O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações;

d) A LC n. 87, de 13.9.96, estabelece, em seu art. 2º que incide o ICMS sobre 'prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza', círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à *Internet*, quando os comercializam;

e) Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS;

f) A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada. É suficiente para constituir fato gerador de ICMS;

g) O serviço prestado pelo provedor pela via da *Internet* não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei nº 9.472, de 16.7.1997."

A posição da Primeira Turma foi contestada no Recurso Especial 456.650/PR, o que deixa sem posição definida a jurisprudência do STJ.

Filho-me à posição da Segunda Turma, cujo acórdão divergente foi da minha relatoria.

Mercê dos jurídicos argumentos alinhados pelos doutrinadores, capitaneados pelo Professor Marco Aurélio Greco e pela jurisprudência da Primeira Turma, cujo comando ficou com o Ministro José Delgado, entendo que não se pode aceitar a incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelas

⁶ DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos. In: DIREITO e Internet. Bauru: Édípro, 2000. p. 60

provedoras da *Internet*. E a minha convicção repousa nas seguintes constatações:

a) o provedor de serviço da rede internacional de computadores é tão usuário dos serviços de comunicação quanto aqueles que a ele recorrem para obter a conexão à rede maior;

b) o provedor de serviço da *Internet* propõe-se a estabelecer a comunicação entre o usuário e a rede, em processo de comunicação, segundo a Lei nº 9.472/97 (art. 60, § 1º);

c) o serviço prestado pelos provedores de comunicação enquadra-se, segundo as regras da lei específica (art. 61), no chamado *Serviço de Valor Adicionado*;

d) o referido serviço é desclassificado como sendo serviço de telecomunicação (art. 61, § 1º da Lei nº 9.472/97);

e) se a lei específica retira da rubrica serviço de telecomunicação, o "Serviço de Valor Adicionado", não poderá o intérprete alterar a sua natureza jurídica para enquadrá-lo na Lei Complementar nº 87, de 13.9.1996, em cujo art. 2º está explicitado que o ICMS incidirá sobre:

"Prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza."

f) para ser aplicado o art. 2º da LC nº 87/96, que disciplina o ICMS, é preciso ter em apreciação a lei especial e posterior, que conceitua os serviços de comunicação;

g) independentemente de haver entre o usuário e o provedor ato negocial, a tipicidade fechada do Direito Tributário não permite a incidência do ICMS. Aliás, em se tratando de serviço, a única brecha em favor do Fisco seria uma lei que incluísse na lista de serviços o que a LGT excluiu como serviço de comunicação sujeito ao ICMS.

O tema é, como visto, controvertido, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Esta aguarda uma definição, em nível infraconstitucional, pela posição da Primeira Seção do STJ, ou em nível constitucional, quando o STF pronunciar-se sobre a exata interpretação do art. 155, II, da Constituição Federal, o que dará sentido à interpretação dos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472, de 16.7.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

ARTIGOS DE PERIÓDICOS

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS

- 001 – ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. O município e a transferência constitucional de ICMS. **Boletim de Direito Municipal**, v. 18, n. 2, p. 93-99, fev. 2002; **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 10, n. 43, p. 95-104, mar./abr. 2002.
- 002 – ANTONELLI, Leonardo Pietro. Comentários sobre a recente decisão plenária (Adin 1851) do Supremo Tribunal Federal: o direito do contribuinte do ICMS a ser ressarcido dos pagamentos a maior do que o devido no caso de substituição tributária. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, n. 10, p. 24-27, out./nov. 2002.
- 003 – AREND, Márcia Aguiar. Regime especial de recolhimento do ICMS: imposição justa e garantidora à igualdade dos contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 82, p. 77-88, jul. 2002.
- 004 – ARZUA, Heron. O regime dos incentivos fiscais no ICMS. **Revista de Estudos Tributários**, v. 5, n. 26, p. 5-18, jul./ago. 2002.
- 005 – BARRETO, Aires Fernandino. Substituição tributária e restituição de diferenças de base de cálculo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 84, p. 7-32, set. 2002.
- 006 – BEIJA, Osvaldo Bispo de. ICMS e comércio de "mercadorias" intangíveis, via Internet. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 88, p. 66-72, jan. 2003.
- 007 – BIOLCHINI, Monique Calmon de Almeida. Sistema tributário internacional e os impostos sobre o comércio exterior no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 12, n. 72, p. 251-275, out./dez. 2002.
- 008 – BITTAR, Djalma. A incidência do ICMS sobre as operações com produtos não destinados ao comércio, importados por pessoa física. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 3, n. 34, p. 30-34, out. 2002.

- 009 – BLANCHET, Luiz Alberto. Energia elétrica mais barata para os municípios e não-incidência do ICMS. **Jurídica: Administração Municipal**, v. 8, n. 2, p. 10-12, fev. 2003.
- 010 – BOTTALLO, Eduardo. ICMS: a importação de bens e a EC nº 33/01. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional**, n. 11, p. 395-392, 1. quinz. jun. 2003.
- 011 – BÚRIGO, Vandrê Augusto. Substituição tributária para frente: STF nega direito a crédito. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 15, p. 591-589, 1. quinz. ago. 2002.
- 012 – CARVALHO, Luiz Gustavo Santana de. Apontamentos acerca da hipótese de incidência e do fato gerador do imposto sobre produtos industrializados (IPI). **Revista de Estudos Tributários**, v. 4, n. 24, p. 47-60, mar./abr. 2002.
- 013 – CASTRO, Aldemário Araújo. Os meios eletrônicos e a tributação. **Revista Forense**, v. 98, n. 359, p. 49-58, jan./fev. 2002.
- 014 – CASTRO, Paulo Rabello de. Desonerar, produzir, consumir e arrecadar. **Agroanalysis**, v. 22, n. 3, p. 24-28, mar. 2002.
- 015 – CEZAROTI, Guilherme. A incidência (ou não) do ICMS sobre o serviço de TV a cabo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 83, p. 46-55, ago. 2002.
- 016 – CHIESA, Clélio. A tributação da comercialização de programas de computador: incidência do ICMS, ISS ou fato atípico? **Revista Forum de Direito Tributário**, v. 1, n. 2, p. 127-143, mar./abr. 2003.
- 017 – _____. EC 33 - Dois novos impostos rotulados de ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 90, p. 21-48, mar. 2003.
- 018 – COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Emenda constitucional nº 33/01 e a alíquota específica no ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 90, p. 114-123, mar. 2003.
- 019 – _____. Crédito-prêmio de IPI: existência jurídica e utilização. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 87, p. 110-118, dez. 2002.

- 020 – CONFOLONIERI, Renato Nunes. ICMS sobre operações interestaduais (Norte/Nordeste) com tratores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 85, p. 99-105, out. 2002.
- 021 – CORDEIRO, Diva Narcisa. ISS, ICMS: programas de computador; software; incidência. **Boletim de Direito Municipal**, v. 18, n. 1, p. 6-9, jan. 2002.
- 022 – COSTA, Adriano Soares da. Isenção: serviços de transporte de passageiros; características metropolitanas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 11, n. 49, p. 115-123, mar./abr. 2003.
- 023 – COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS sócio-ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 39, n. 154, p. 189-201, abr./jun. 2002.
- 024 – DALLAZEM, Dalton Luiz. ICMS: inconstitucionalidade da vedação da utilização de créditos para pagamento do imposto na qualidade de substituto tributário. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 5, p. 177-175, 1. quin. mar. 2003.
- 025 – DANTAS, Cristiane Müller. Do diferimento: características, natureza jurídica e legislação estadual. **L & C Revista de Direito e Administração Pública**, v. 5, n. 43, p. 13-21, jan. 2002.
- 026 – ESTEVES, Maria do Rosário. ICMS na importação de mercadorias e bens: alterações introduzidas pela EC nº 33/01. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 16, p. 628-624, 2. quin. ago. 2002.
- 027 – ESTRELLA, André Luiz de Carvalho. O crédito financeiro do ICMS: artigo 20, §1º, da lei complementar 87/96: bens de uso, consumo e ativo permanente e o seu regime do IVA do Mercado Comum Europeu. **Doutrina Adcoas**, v. 6, n. 6, p. 181-194, jun. 2003.
- 028 – FERRAREZI, Renata Soares Leal. O ICMS na importação de bens por não contribuintes. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 5, p. 171-165, 1. quin. mar. 2002.

- 029 – FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Utilização de pautas fiscais no campo tributário. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 20, p. 777-776, 2. quin. out. 2002.
- 030 – GOMES FILHO, José Reginaldo Pereira. ICMS de Pernambuco, importação e exportação. **Revista da Esmape**, v. 7, n. 15, p. 427-450, jan./jun. 2002.
- 031 – GONÇALVES, Fernando Dantas Casillo. IPI na importação: inconstitucionalidade desde a emenda constitucional nº 18/65. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 7, p. 253-249, 1. quin. abr. 2003.
- 032 – _____. IPI no arrendamento e na locação internacional: inconstitucionalidade da legislação ordinária. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 14, p. 505-499, 2. quin. jul. 2003.
- 033 – HARADA, Kiyoshi. O princípio da anterioridade e a emenda constitucional nº 33/01: possibilidade de redução e restabelecimento de alíquotas de ICMS. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 21, p. 813-810, 1. quin. nov. 2002.
- 034 – JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Estudo sobre a reforma tributária: reflexões e propostas. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 10, p. 349-340, 2. quin. maio 2003.
- 035 – LAGEMANN, Eugenio. Isenções do ICMS: uma reavaliação. **Tributação em Revista**, v. 10, n. 39, p. 22-28, jan./mar. 2002.
- 036 – LIMA, Alexandre A. A eficiência tributária dos municípios mineiros. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 45, n. 4, p. 55-108, out./dez. 2002.
- 037 – LIMA, Eduardo Amorim de. Natureza jurídica do acréscimo financeiro cobrado nos parcelamentos de ICMS no estado de São Paulo. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 5, p. 174-172, 1. quin. mar. 2003.

- 038 – LIMA, João Frazão de Medeiros. A inconstitucionalidade da tributação do ICMS na importação de bens por pessoa física e a emenda constitucional nº 33/01. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 9, p. 316-312, 1. quinz. maio 2003.
- 039 – _____. Os sujeitos passivo e ativo do ICMS nas operações de importação (quem paga a quem?). **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 77, p. 57-67, fev. 2002.
- 040 – LIMA, Rogério. A inconstitucionalidade do IPI na importação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 77, p. 117-133, fev. 2002.
- 041 – MACHADO, Hugo de Brito. O estabelecimento como contribuinte autônomo e a não-cumulatividade do ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 82, p. 24-27, jul. 2002.
- 042 – _____. O ICMS e a emenda 33. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 80, p. 43-48, maio 2002.
- 043 – _____. O Supremo Tribunal Federal e a substituição tributária no ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 87, p. 54-80, dez. 2002.
- 044 – MACHADO NETTO, Evausto C. Exportar ou morrer. **Agroanalysis**, v. 22, n. 2, p. 30-32, fev. 2002.
- 045 – MANEIRA, Eduardo. Da substituição tributária "para a frente" no ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 95, p. 56-64, ago. 2003.
- 046 – MARIA SOBRINHO, Ricardo Kleine de. Tributação dos provedores de acesso à Internet. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 17, n. 15, p. 261-284, 2002.
- 047 – MARQUES, Klaus E. Rodrigues. Responsabilidade pelo pagamento do ICMS e a inidoneidade dos documentos fiscais. **Síntese Jornal**, v. 6, n. 67, p. 15-16, set. 2002.
- 048 – MARTINS, Gilberto Baptista. O repetro federal, o estado do Rio de Janeiro e a indefinição quanto aos incentivos fiscais à indústria do petróleo / construção naval. **Doutrina Adcoas**, v. 6, n. 1, p. 28-31, jan. 2003.

- 049 – MARTINS, Ives Gandra da Silva. ICMS: substituição tributária; transferência de crédito autorizada por portaria; inconstitucionalidade; nulidade "ex tunc"; consequências. **Fórum Administrativo**, v. 2, n. 14, p. 481-494, abr. 2002; **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 10, n. 45, p. 255-284, jul./ago. 2002.
- 050 – _____. Inteligência do artigo 54, inciso II, letra 'a' da constituição federal implicações jurídicas. **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 12, p. 416-428, dez. 2002.
- 051 – _____. Reforma tributária. **Carta Mensal**, v. 49, n. 578, p. 61-65, maio 2003.
- 052 – _____. Reforma tributária. **Revista de Cultura: IMAE**, v. 4, n. 9, p. 40-41, jan./jun. 2003.
- 053 – _____. Substituição tributária antecipada: inteligência atual do par. 7. do artigo 150 da constituição federal. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 129, p. 37-41, maio 2002; **Revista Fórum de Direito Tributário**, v. 1, n. 1, p. 153-163, jan./fev. 2003.
- 054 – _____. As técnicas de arrecadação admitidas no ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 95, p. 96-99, ago. 2003.
- 055 – MATTOS, Aroldo Gomes de. IPI: créditos presumidos nas aquisições destinadas ao processo industrial com desonerações desse imposto. Questões colaterais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 81, p. 7-31, jun. 2002.
- 056 – _____. A natureza e o alcance dos convênios em matéria do ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 79, p. 7-18, abr. 2002.
- 057 – _____. PIS / Cofins: vendas destinada à Zona Franca de Manaus / Amazônia Ocidental. Isenção / imunidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 85, p. 7-15, out. 2002.
- 058 – MELO, Omar Augusto Leite. A medida provisória nº 22/2002 e o creditamento do IPI nas operações de entrada ou de saída sujeitos à alíquota zero. **Revista de Estudos Tributários**, v. 4, n. 23, p. 48-50, jan./fev. 2002.

- 059 – _____. Novas discussões sobre a tributação dos provedores de conexão à Internet. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 78, p. 73-78, mar. 2002.
- 060 – MIRANDA, João Damasceno Borges de. A regra-matriz do ICMS e sua incidência sobre os serviços de comunicação. **Síntese Jornal**, v. 6, n. 69, p. 11-14, nov. 2002; **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 23, p. 885-883, 1. quin. dez. 2002; **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 10, n. 46, p. 153-158, set./out. 2002.
- 061 – MONTEIRO NETO, Nelson. Ainda a questão da inconstitucionalidade do convênio ICMS nº 13/97. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 5, p. 151-149, 1. quin. mar. 2002.
- 062 – _____. Curiosa atividade judicante do Supremo Tribunal Federal quanto à restituição de ICMS indevidamente pago em caso de substituição tributária para frente: grave risco para a segurança jurídica. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 2, p. 53-51, 2. quin. jan. 2002.
- 063 – NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS - Importação de bens para uso próprio e a emenda constitucional nº 33/2001. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 86, p. 103-110, nov. 2002.
- 064 – NATAL, Eduardo Gonzaga Oliveira de. O ICMS e o "adicional estadual do imposto de importação". **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 86, p. 13-26, nov. 2002.
- 065 – NAVARRO, Fernando Luis. Inconstitucionalidade na exigência do ICMS sobre importação de bens a título de comodato. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 14, p. 536-533, 2. quin. jul. 2002.
- 066 – OLIVEIRA, Letícia da Cruz. O ICMS e o direito do contribuinte ao seu creditamento. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 3, p. 115-112, 1. quin. fev. 2003.

- 067 – OLIVEIRA, Wagner Pires de. A nova tributação dos combustíveis: aspectos polêmicos das liminares concedidas pelo Poder Judiciário. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 126, p. 42-44, abr. 2002; **Fórum Administrativo**, v. 2, n. 14, p. 474-479, abr. 2002.
- 068 – ONOFRE, José Pereira. Serviços de construção civil e de obras semelhantes: dupla tributação do ISSQN e do ICMS. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 11, p. 392-389, 1. quin. jun. 2003.
- 069 – PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Breves comentários sobre a nova redação do artigo 155, § 2º, IX, "a", da constituição federal introduzido pela emenda constitucional nº 33/01: relativo à importação. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 5, p. 164-161, 1. quin. mar. 2002; **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 10, n. 44, p. 114-121, maio/jun. 2002.
- 070 – _____. A sistemática do drawback: miniconsulta. **Informativo jurídico Consulex**, v. 16, n. 25, p. 9-10, 24 jun. 2002.
- 071 – PERDIGÃO, Márcia Nogueira. Correlação entre a evolução do PIB do Estado do Rio de Janeiro e a arrecadação do ICMS do Estado no período de 1996 a 2002. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, v. 23, n. 58, p. 44-75, out./dez. 2002.
- 072 – PEREZ, Fernando Augusto Monteiro. Créditos de ICMS e a idoneidade do contribuinte emissor da nota fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 76, p. 19-26, jan. 2002.
- 073 – PRINCHAK, Rogério de Faria. Discussão sobre os critérios de partilha do ICMS para os municípios dentro do atual pacto federativo: o caso da Bahia. **Bahia: Análise e Dados**, v. 12, n. 4, p. 93-108, mar. 2003.
- 074 – REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. ICMS e a EC 33/01: afronta ao princípio da anterioridade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 82, p. 53-62, jul. 2002.
- 075 – SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. ICMS - responsabilidade fiscal e criminal do estabelecimento vendedor no regime FOB. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 79, p. 19-23, abr. 2002.

- 076 – SILVA, Paulo Rogério Bueno da. A incidência econômica como efeito extrafiscal do ICMS em relação à política de importação de bens de consumo por particulares. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 25, n. 55, p. 93-113, jun. 2002.
- 077 – SILVA, Rogério Pires da. Exoneração de ICMS na exportação e desnecessidade de ingresso de divisas: o caso da exportação de serviços de comunicação. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 21, p. 810-808, 1. quin. nov. 2002.
- 078 – _____. ICMS e crédito nas entradas de materiais empregados em obra de construção civil. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 77, p. 134-141, fev. 2002.
- 079 – _____. A inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo em operações de importação (emenda constitucional nº 33/01). **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 85, p. 117-130, out. 2002.
- 080 – SILVA, Severino. Considerações acerca do ressarcimento do indébito de ICMS à luz do art. 166, do CTN. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 77, p. 142-147, fev. 2002.
- 081 – TEIXEIRA, Romulo José de Medeiros. A falácia do cálculo do ICMS. **Doutrina Adcoas**, v. 6, n. 5, p. 145-149, maio 2003.
- 082 – TRIBUTAÇÃO na Internet: relatório do XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário. **Boletim de Direito Municipal**, v. 18, n. 1, p. 1-5, jan. 2002.
- 083 – VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. IPI e ICMS: nas operações de importação das empresas optantes pelo Simples. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 120, p. 54-57, jan. 2002.
- 084 – WEISS, Fernando Lemme. A não-cumulatividade do ICMS e o estorno do crédito decorrente da atividade industrial. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 91, p. 41-51, abr. 2003.
- 085 – ZEOLA, Senise Freire Chacha. ICMS: instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 8, n. 30, p. 179-197, abr./jun. 2003.

PREVIDÊNCIA PRIVADA

- 001 – AMARO, Meiriane Nunes. Previdência social no Brasil: o que foi feito o que falta fazer. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 157, p. 9-37, jan./mar. 2003.
- 002 – ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. A organização institucional das entidades fechadas de previdência privada. **Revista de Direito Social**, v. 2, n. 8, p. 65-84, out./dez. 2002.
- 003 – BALERA, Wagner. Aspectos jurídicos dos fundos de previdência complementar. **Revista de Previdência Social**, v. 27, n. 267, p. 133-145, fev. 2003.
- 004 – BESSONE, Mario. Fondi pensione chiusi, fondi pensione aperti, regole e sistema delle forme organizzative. **Giustizia Civile**, v. 52, n. 3, p. 145-155, mar. 2002.
- 005 – BORGES, José Cassiano. O regime jurídico-tributário dos fundos de pensão e suas inconsistências. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 78, p. 35-48, mar. 2002.
- 006 – CAMARGO, José Aquino Flôres de. A reforma da previdência. **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v. 30, n. 90, p. 157-167, jun. 2003.
- 007 – CARVALHO, Manuel da Cunha. Do resgate das contribuições pagas nos contratos de previdência privada. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, n. 1, p. 24-31, jan. 2003.
- 008 – COSTA, Eliane Romeiro. O benefício contratado na seguridade independente. **Revista de Previdência Social**, v. 27, n. 268, p. 239-240, mar. 2003.
- 009 – COUTO, Marilene Abreu. A importância da gestão do conhecimento nas entidades de previdência. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 265, p. 1090-1092, dez. 2002.

- 010 – ESTEVES, Maria do Rosário. A imunidade tributária das entidades fechadas de previdência privada. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 4, p. 122-118, 2. quin. fev. 2002.
- 011 – FAZIO, Luciano. O fim da imunidade tributária dos fundos de pensão: algumas explicações. **Tributação em Revista**, v. 10, n. 40, p. 22-27, abr./jun. 2002.
- 012 – FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Previdência privada e salário de contribuição: a natureza dos gastos feitos por empresas e lei nº 9528/970. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 9, p. 332-331, 1. quin. maio 2002.
- 013 – FIUZA, Tatiana. Reforma da previdência. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 7, n. 149, p. 14-23, mar. 2003.
- 014 – FREUDENTHAL, Sérgio Pardal. A previdência social pública e privada. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 262, p. 765-769, set. 2002.
- 015 – LEITE, Celso Barroso. Capitalização e previdência. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 265, p. 1077-1078, dez. 2002,
- 016 – _____. Considerações sobre a previdência social. **Carta Mensal**, v. 48, n. 569, p. 54-68, ago. 2002; **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 261, p. 687-693, ago. 2002.
- 017 – _____. Garantia sem garantia. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 262, p. 779, set. 2002.
- 018 – _____. O futuro da previdência. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 264, p. 985-992, nov. 2002; **Carta Mensal**, v. 48, n. 573, p. 57-73, dez. 2002.
- 019 – _____. Previdência e investimentos. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 256, p. 190-191, mar. 2002.
- 020 – LINDEMAN, David C. Los fondos de previsión en Asia: algunas lecciones para los reformadores de pensiones. **Revista Internacional de Seguridad Social**, v. 55, n. 4, p. 65-85, oct./dic. 2002.

- 021 – LUDWIG, Marcos de Campos. Contrato de previdência privada: análise dogmática e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 41, p. 166-184, jan./mar. 2002.
- 022 – MARTINEZ, Wladimir Novaes. Portabilidade na nova previdência complementar. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 21, p. 591-587, 1. quin. nov. 2002.
- 023 – _____. Previdência privada como fato gerador. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 85, p. 124-130, out. 2002.
- 024 – MARTINS, Ana Paula Oriola. A forma de apuração das responsabilidades dos administradores das entidades de previdência privada. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 263, p. 885-886, out. 2002.
- 025 – MARTINS, Ives Gandra da Silva. Participação nos resultados ofertada por empresa em valores superiores aos acordados com sindicatos ou em acordos coletivos: tratamento tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 77, p. 148-158, fev. 2002.
- 026 – METEYÉ, Thierry. Garantie AGS: jusqu'ou peut-on aller trop loin? **Droit social**, n. 11, p. 972-973, nov. 2002.
- 027 – MORAES, Marcelo Viana Estevão de. Reformando a previdência brasileira. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 261, p. 672-682, ago. 2002.
- 028 – _____. Seguridade e direitos humanos. **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v. 30, n. 90, p. 215-233, jun. 2003.
- 029 – MORAIS, Antonio Glaucius de. Fundo de pensão e o poder de intervenção do Estado. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 137, p. 27-28, set. 2002.
- 030 – MOREAU, Pierre. Seguridade social: efeitos no mercado econômico: efeitos no mercado de trabalho. **Revista de Direito Social**, v. 3, n. 10, p. 116-120, abr./jun. 2003.
- 031 – NOVAES FILHO, Wladimir. Objetivo das entidades fechadas. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 263, p. 904-905, out. 2002.

- 032 – OLIVEIRA, Lamartino França de. Previdência privada complementar: incompetência da justiça do trabalho. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 255, p. 95-98, fev. 2002.
- 033 – RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. A competência jurisdicional para apreciação de demandas sobre benefícios de previdência privada. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 19, p. 153-159, abr./jun. 2002.
- 034 – _____. As entidades fechadas de previdência privada e os planos de benefícios. **Revista de Direito Social**, v. 2, n. 7, p. 99-110, jul./set. 2002.
- 035 – SANTOS, Luiz Alberto dos. Previdência dos servidores públicos: situação e perspectivas dos regimes próprios da previdência. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 157, p. 39-60, jan./mar. 2003.
- 036 – SAVIOLA, José Roberto Ferreira. Tributação das entidades fechadas de previdência complementar. **Conjuntura Social**, v. 13, n. 1, p. 61-72, jan./mar. 2002.
- 037 – SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Previdência complementar privada e fechada. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, p. 121-133, 2003.
- 038 – TRATAMENTO tributário dos fundos de pensão: a busca de um padrão internacional. **Conjuntura Social**, v. 13, n. 1, p. 73-75, jan./mar. 2002.
- 039 – WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Não subsidiaridade e complementaridade. **Revista de Previdência Social**, v. 26, n. 261, p. 683-684, ago 2002.
- 040 – ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Os planos geradores de benefícios livres - PGBL. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 9, n. 8, p. 3-16, ago. 2003.

REFORMA DO CPC À LUZ DAS LEIS Nºs. 10.352 E 10.358/2001

- 001 – ALVES, Bianca da Silva. Considerações sobre a lei nº 10.352/2001. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 17, n. 15, p. 6-7, 14 abr. 2003.

- 002 – ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A remessa necessária e suas mudanças (Leis nºs 10.259/2001 e 10.352/2001). **Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, v. 14, n. 155, p. 9-28, jul. 2002; **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 3, n. 35, p. 24-35, nov. 2002.
- 003 – ARAGÃO, Severiano Ignacio de. Alterações do CPC em tema de execução. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 23, n. 17, p. 220-219, 27 abr. 2003.
- 004 – BEBBER, Júlio César. Art. 515, § 3º, do CPC e o processo do trabalho. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 1, n. 4, p. 155-181, out./dez. 2002.
- 005 – _____. Deveres éticos - jurídicos - a nova redação do art. 14 do CPC e o processo do trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, v. 66, n. 3, p. 277-289, mar. 2002; **Decisório Trabalhista**, n. 94, p. 9-33, maio 2002; **Justiça do Trabalho**, v. 19, n. 220, p. 26-49, abr. 2002; **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, v. 19, n. 113, p. 706-731, maio 2002.
- 006 – BIM, Eduardo Fortunato. Desnecessidade da autenticação das peças trasladadas ao agravo de instrumento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 123-132, nov. 2002; **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, n. 25, p. 449-459, jul./set. 2002; **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 301, p. 45-54, nov. 2002.
- 007 – BORGES, Marcos Afonso. Alterações no Código de processo civil oriundas das leis: nº 10.352, de 26.12.01 e 10.358, de 27.12.01. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 295, p. 45-52, maio 2002; **Revista de Processo**, v. 27, n. 106, p. 179-188, abr./jun. 2002; **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 18, n. 21, p. 11-21, jan./jun. 2002.
- 008 – CANÍBAL, Roberto. Da presunção de infrigência, da divergência e a sua prevenção ou composição: inteligência do disposto no art. 530 e no parágrafo 01 do artigo 555 do Código de processo civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 301, p. 36-38, nov. 2002; **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v. 29, n. 87 t. 1, p. 244-246, set. 2002.

- 009 – CARNEIRO, Athos Gusmão. Embargos infringentes: art. 530 do CPC: STJ, súmula 207: lei nova e admissibilidade de recursos. **Revista Forense**, v. 98, n. 364, p. 301-306, nov./dez. 2002.
- 010 – _____. Os "novos" embargos infringentes e o direito intertemporal. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 3, n. 18, p. 115-120, jul./ago. 2002; **Revista de Processo**, v. 27, n. 107, p. 241-247, jul./set. 2002.
- 011 – CARVALHO, Ana Paula Saraiva de. Tutela antecipada e a efetividade do processo segundo a nova lei n. 10.352/01. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, v. 13, n. 30, p.181-185, 2002.
- 012 – CARVALHO, Orlando. Os recursos e suas alterações (Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001). **Jurisprudência Mineira / Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, v. 53, n. 162, p. 9-21, out./dez. 2002.
- 013 – CASTRO, Marcos Valério Melo. A desnecessidade de autenticação de cópias das peças que obrigatoriamente instruem o recurso de agravo de instrumento: uma crítica à visão formalista do processo. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 41, p. 12-18, 14 out. 2002.
- 014 – CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Inovações no processo civil em matéria recursal: considerações sobre a lei nº 10.352/01. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 3, p. 43-52, mar. 2002; **Revista Forense**, v. 98, n. 362, p. 353-357, jul./ago. 2002.
- 015 – CHAVES, Luciano Athayde. O processo do trabalho e o novo disciplinamento dado à remessa oficial pela lei nº 10.352/01. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 2, n. 6, p. 129-145, abr./jun. 2003; **Revista LTR: Legislação do Trabalho**, v. 67, n. 5, p. 572-579, maio 2003.
- 016 – COSTA, José Rubens. Agravo de instrumento: alterações da lei nº 10.352/01 e do novo Código Civil. **Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 18, p. 502-496, 2. quinz. set. 2002; **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 46, n. 1, p. 71-94, jan./mar. 2003.

- 017 – _____. Duplo grau de jurisdição obrigatório: alteração da lei nº 10.352/2001. **Direito Administrativo Contabilidade e Administração Pública**, v. 6, n. 8, p. 23-31, ago. 2002; **Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 21, p. 583-579, 1. quinz. nov. 2002.
- 018 – CUNHA, Eurípedes Brito. Despacho/decisão do relator: natureza jurídica: possibilidade de desconstituição por via de ação rescisória. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 3, n. 18, p. 32-37, jul./ago. 2002.
- 019 – CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do novo código civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 5, p. 69-81, ago. 2003.
- 020 – _____. O princípio da proibição da "reformatio in pejus" e o novo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil. **Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 8, p. 197-194, 2. quinz. abr. 2003.
- 021 – CURY, Fernando Chemin. Embargos Infringentes. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 129, p. 64-65, maio 2002.
- 022 – DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Embargos infringentes: recentes modificações. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 298, p. 7-20, ago. 2002; **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v. 29, n. 87 t. 1, p. 11-26, set. 2002.
- 023 – DIDIER JÚNIOR, Fredie. Primeiras impressões sobre o parágrafo único do art. 526, CPC. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 7, n. 23, p. 41-42, jan./mar. 2002.
- 024 – _____. Questões controvertidas sobre o agravo após as últimas reformas processuais. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 4, p. 55-72, jul. 2003.
- 025 – DIÓGENES, Christianne Fernandes C. Breve análise do art. 253 do CPC com a redação dada pela lei nº 10.358/01 e suas repercussões no processo. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 16, p. 441-439, 2. quinz. ago. 2002.

- 026 – FORNACIARI JUNIOR, Clito. Agravo de instrumento e protocolo ilegível: e Kafka tornou-se infantil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 6, p. 9-11, set. 2003.
- 027 – GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. As alterações no CPC decorrentes da lei nº 10.352 e suas repercussões no processo do trabalho. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 4, p. 100-94, 2. quin. fev. 2002.
- 028 – _____. Lei nº 10.358: as alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 5, p. 133-128, 1. quin. mar. 2002.
- 029 – _____. As leis nºs 10.352 e 10.358 e sua aplicação ao processo do trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 8, n. 3, p. 13-21, mar. 2002; **Síntese Trabalhista**, v. 13, n. 154, p. 5-22, abr. 2002; **Revista LTR: Legislação do Trabalho**, v. 66, n. 3, p. 290-299, mar. 2002.
- 030 – GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A lei nº 10352 de 26-12-01, reforma do CPC: alterações na remessa obrigatória e no processamento dos recursos cíveis. **Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 2, p. 56-42, 2. quin. jan. 2002; **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, n. 4, p. 8-20, abr./maio 2002; **Revista de Processo**, v. 27, n. 105, p. 97-127, jan./mar. 2002.
- 031 – GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. Embargos infringentes e embargos de declaração. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 293, p. 44-51, mar. 2002.
- 032 – GUNTHER, Luiz Eduardo. As novas alterações do CPC e o processo do trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 19, n. 923, p. 11, jul. 2002; **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, v. 11, n. 15, p. 31-33, 2002.
- 033 – _____. Uniformização da jurisprudência intramuros no TRT: aplicação do § 1º do art. 555 do CPC. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 9, n. 1, p. 13-16, jan. 2003; **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, v. 20, n. 120, p. 886-894, dez. 2002; **Revista LTR: Legislação do Trabalho**, v. 67, n. 1, p. 66-70, jan. 2003; **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 20, n. 973, p. 8-11, jul. 2003.

- 034 – JULIANI, Cristiano Reis. Autenticação de peças e responsabilidade do advogado: a nova redação do artigo 544, par. 1., CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 4, n. 21, p. 42-46, jan./fev. 2003.
- 035 – _____. A nova redação do art. 544, § 1º CPC: autenticação de peças e responsabilidade do advogado. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 7, n. 26, p. 665-668, dez. 2002; **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 23, n. 13, p. 173-171, 30 mar. 2003; **Consulex: Revista Jurídica**, v. 7, n. 144, p. 51-53, jan. 2003; **Doutrina Adcoas**, v. 6, n. 4, p. 115-117, abr. 2003.
- 036 – _____. A nova redação do art. 555, CPC, e a uniformização da jurisprudência. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 17, n. 18, p. 10-12, 5 maio 2003; **Consulex: Revista Jurídica**, v. 7, n. 151, p. 58-61, abr. 2003; **Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, v. 30, n. 89, p. 29-36, mar. 2003; **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 4, n. 23, p. 35-41, maio/jun. 2003; **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 8, n. 28, p. 272-279, abr./jun. 2003; **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 21, n. 72, p. 109-119, out./dez. 2002; **Doutrina Adcoas**, v. 6, n. 7, p. 210-214, jul. 2003.
- 037 – KOURY, Luiz Ronan Neves. Extinção do processo com julgamento do mérito: aplicação do artigo 515, par. 3., do CPC na hipótese. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 4, n. 24, p. 5-13, jul./ago. 2003.
- 038 – LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Remessa ex officio e a nova redação do artigo 475 do CPC - repercussões no processo do trabalho. **Síntese Trabalhista**, v. 14, n. 159, p. 43-46, set. 2002.
- 039 – LENZI, C. A. Silveira. As modificações nos recursos cíveis. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 126, p. 46-50, abr. 2002.
- 040 – LIMA, Amarildo C. de. O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo do trabalho - O impedimento absoluto do agravo de instrumento e a banalização do mandado de segurança em função de ato judicial - A sensibilidade da lei n. 10352/01 e a limitação do agravo de instrumento no processo civil. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, v. 66, n. 5, p. 581-583, maio 2002.

- 041 – LIMA, Francisco Gérson Marques de. Alterações no processo do trabalho pela lei nº 10.352/01. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 4, p. 104-100, 2. quin. fev. 2002.
- 042 – LIMA, George Marmelstein. Comentários à lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, que modificou dispositivos do código de processo civil. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 11, p. 14-17, 18 mar. 2002.
- 043 – _____. Pela racionalidade dos expedientes forenses: o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**, v. 15, n. 7, p. 34-57, jul. 2003.
- 044 – LOPES, João Batista. Anotações sobre a reforma do CPC: segunda fase. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 3, n. 17, p. 131-146, maio/jun. 2002.
- 045 – LOPES, Renan Kfuri. Alterações no código de processo civil introduzidas pelas leis n. 10.352 (de 26-12-2001) e n. 10.358 (de 27-12-2001) que entraram em vigor no dia 28-3-2002. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, n. 8, p. 40-43, ago./set. 2002.
- 046 – MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de decisão judicial e responsabilidade pessoal do agente público. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 86, p. 50-59, nov. 2002.
- 047 – MACHADO, Maurício Marcondes. Do juízo de retratação nos recursos do processo civil: atualizado com a lei 10.352, de 26.12.2001. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 3, n. 15, p. 135-150, jan./fev. 2002.
- 048 – MARQUES, Wilson, Reforma do código de processo civil. **Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania / Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (Amaerj)**, n. 2, p. 16-19, jun./jul. 2002.
- 049 – MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o processamento dos recursos extraordinário e especial à luz da lei 10.352/2001. **Revista de Processo**, v. 27, n. 106, p. 113-127, abr./jun. 2002.

- 050 – MELLO, Carolina Tenório de. Os embargos infringentes após a lei 10.352/2001. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**, v. 15, n. 5, p. 66-91, maio 2003.
- 051 – MENDONÇA, Otávio. Importância de uma vírgula. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará**, n. 6/7, p. 127-129, jan./dez. 2002.
- 052 – MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo código civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 3, n. 11, p. 67-78, jul./set. 2002.
- 053 – MÜLER, Eugélio Luis. Racionalização recursal: em busca da efetividade do processo. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 35, n. 94, p. 27-50, maio/ago. 2002.
- 054 – OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo regime dos embargos infringentes. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 8, n. 28, p. 362-377, abr./jun. 2003.
- 055 – OLIVEIRA, Wagner Pires de. Aplicação à advocacia pública da multa do artigo 14 do código de processo civil exclusivamente pela OAB. **Fórum Administrativo**, v. 2, n. 15, p. 610-611, maio 2002.
- 056 – PACHECO, José da Silva. Execução: Fazenda Pública; embargos do executado. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 22, n. 29, p. 507-504, 21 jul. 2002.
- 057 – PAESE, Wilson Antonio, Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 38, p. 10-11, 23 set. 2002.
- 058 – PESSOA, Flávia Moreira. A Lei n. 10.352/01 e suas implicações na devolutibilidade do recurso ordinário trabalhista. **Síntese Trabalhista**, v. 14, n. 163, p. 28-35, jan. 2003; **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, v. 20, n. 120, p. 849-855, dez. 2002.

- 059 – PRUDENTE, Antônio Souza. O agravo mutante nos tribunais. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 130, p. 38-39, jun. 2002; **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**, v. 14, n. 6, p. 10-14, jun. 2002; **Revista da Procuradoria Federal Especializada, INSS**, v. 9, n. 1, p. 17-19, abr./jun. 2002; **Correio Braziliense**, Brasília, n. 14281, 24 jun. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 3.
- 060 – REBELO, Fabrício. A alteração do artigo 253 do CPC e a ação rescisória fundada na incompetência absoluta do juízo. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 23, p. 7-8, 10 jun. 2002.
- 061 – SANTOS, Valdeci Monteiro dos. Breves notas sobre a reforma do CPC pela lei n. 10.358/2001. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 83-93, 2002.
- 062 – SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. O formalismo e a instrumentalidade do processo: questões relativas à instrução de agravo de instrumento. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 2, p. 29-43, maio 2003.
- 063 – SEREJO, Paulo. A nova redação do art. 14 do CPC e os advogados. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 127, p. 31-32, abr. 2002.
- 064 – SETEMBRINO, Fernando. Embargos infringentes: direito intertemporal. **Revista de Direito Renovar**, n. 22, p. 105-109, jan./abr. 2002.
- 065 – SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A alteração dos arts. 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho. **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, v. 5, n. 55, p. 34-45, nov. 2002; **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 20, p. 90-106, jul./set. 2002.
- 066 – SOARES, Evanna. A remessa "ex-officio" no processo do trabalho diante da Lei nº 10.352/01. **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**, n. 5, p. 128-126, 1. quin. mar. 2002.
- 067 – SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. A segunda etapa da reforma processual civil e a questão da supressão do efeito suspensivo do recurso de apelação. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 3, n. 28, p. 27-35, abr. 2002; **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, n. 25, p. 562-570, jul./set. 2002.

- 068 – STOCO, Rui. Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 60-80, mar. 2002.
- 069 – SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Recursos e reexame necessário. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 121, p. 14-17, jan. 2002.
- 070 – TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Código de processo civil - alterações: breves comentários às leis ns. 10.352 e 10.358/2001. **Revista LTR: Legislação do Trabalho**, v. 66, n. 3, p. 263-276, mar. 2002.
- 071 – THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da lei n.10.352 de 26/12/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, n. 25, p. 502-518, jul./set. 2002; **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 4, n. 20, p. 126-140, nov./dez. 2002.
- 072 – TRINDADE, Caio de Azevedo. A nova etapa da reforma do código de processo civil. **Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 4, p. 106-102, 2. quin. fev. 2002.
- 073 – _____. Primeiras reflexões sobre a nova reforma do código de processo civil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará**, n. 6/7, p. 159-201, jan./dez. 2002.
- 074 – VEIGA, Aloysio Corrêa da. A remessa necessária em duplo grau de jurisdição - Os limites subjetivos e objetivos na atual sistemática do processo do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 68, n. 2, p. 160-171, abr./jun. 2002.
- 075 – VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Ato atentatório ao exercício da jurisdição: multa. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 1, p. 83-92, abr. 2003.
- 076 – ZERAIK, Felipe. Comentários às alterações do código de processo civil (lei 5.869, de 11/1/1973) decorrentes das leis 10.352, de 26/12/2001, e 10.358 de 27/12/2001. **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 9, p. 301-313, set. 2002; **Doutrina Adcoas**, v. 5, n. 12, p. 408-415, dez. 2002.

REFORMA TRIBUTÁRIA

- 001 – ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. O conteúdo jusagrário no ordenamento brasileiro. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 17, n. 14, p. 4-7, 7 abr. 2003.
- 002 – ALVES, Alexandre Henry. Análise do princípio federativo aplicado a questões tributárias. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 31, n. 1/2, p. 141-156, dez. 2002.
- 003 – BOHNHOF, Rolf Michael. Brasil, Alemanha, economia e investimentos: o bem que faz a estabilidade. **Rumos: Economia & Desenvolvimento para os Novos Tempos**, v. 27, n. 206, p. 34-38, mar. 2003.
- 004 – BORNSTEIN, Félix José. Rodríguez campomances: los límites del reformismo ilustrado. **Revista de Estudios Políticos**, n. 118, p. 101-141, oct./dic. 2002.
- 005 – CHENE, João Jeremias. Reforma tributária na visão dos sábios. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 30, p. 7-9, 29 jul. 2002.
- 006 – DELFIM NETTO, Antonio. Cascatas de impostos. **Revista do Clube Militar**, v. 77, n. 399, p. 22, nov./dez. 2002.
- 007 – FRIEDMANN, Renato. Reforma tributária: ainda em busca de "ovo de colombo". **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, n. 157, p. 79-93, jan./mar. 2003.
- 008 – OS FUNDOS de pensão e a reestruturação da dívida dos Estados e municípios. **Boletim de Direito Municipal**, v. 18, n. 12, p. 947-953, dez. 2002.
- 009 – GOES, Hugo Medeiros de. A previdência prescinde de reforma. **Revista de Previdência Social**, v. 27, n. 270, p. 407-412, maio 2003.
- 010 – GRIBL, Camilo. Outro aumento de imposto: agora é o ISS. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 7, n. 159, p. 28-29, ago. 2003.
- 011 – HICKMANN, Clair. Princípios para uma reforma tributária cidadã. **Tributação em Revista**, v. 10, n. 39, p. 16-21, jan./mar. 2002.

- 012 – ICHIHARA, Yoshiaki. O que é reforma tributária? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 11, n. 49, p. 178-185, mar./abr. 2003.
- 013 – JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Estudo sobre a reforma tributária: reflexões e propostas. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 10, p. 349-340, 2. quinz. maio 2003.
- 014 – KHAIR, Amir Antônio. Reforma tributária ou desejável? **Revista de Administração Municipal**, v. 48, n. 240, p. 5-13, mar./abr. 2003.
- 015 – LIMA, Maurício S. Na busca de eficiência na arrecadação, equilíbrio na aplicação de recursos e do pacto federativo. **Revista de Administração Municipal**, v. 48, n. 240, p. 27-30, mar./abr. 2003.
- 016 – MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito adquirido na reforma da previdência social. **Revista de Previdência Social**, v. 24, n. 237, p. 777-783, ago. 2000; **Revista do Direito Trabalhista**, v. 9, n. 4, p. 18, abr. 2003; **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 20, n. 972, p. 6, jun. 2003.
- 017 – MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reforma tributária. **Carta mensal**, v. 49, n. 578, p. 61-65, maio 2003.
- 018 – _____. Reforma tributária. **Revista de Cultura: IMAE**, v. 4, n. 9, p. 40-41, jan./jun. 2003.
- 019 – MEATO, Luís Alberto Mendonça. Propostas de reforma de sistema tributário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 39, n. 155, p. 247-284, jul./set. 2002.
- 020 – PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma da nova gestão pública: agora na agenda da América Latina, no entanto (...). **Revista do Serviço Público**, v. 53, n. 1, p. 5-27, jan./mar. 2002.
- 021 – QUEIROZ, Cid Heráclito de. A lei de responsabilidade fiscal: um marco histórico nas finanças públicas de nosso país. **Revista da Fundação Milton Campos**, n. 16, p. 11-47, fev. 2002.
- 022 – RAMOS, Saulo. Os sem-teto do Poder Judiciário. **ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal**, v. 23, n. 33, p. 479-478, 17 ago. 2003.

- 023 – SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. Sobre a reforma previdenciária e tributária. **Jurídica: Administração Municipal**, v. 8, n. 6, p. 1-3, jun. 2003.
- 024 – SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A reforma tributária para um novo século. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 6, n. 143, dez. 2002.
- 025 – VAZ, Carlos. A CPMF como alternativa para redução do imposto de renda. **Justilex**, v. 2, n. 20, p. 32-35, ago. 2003.
- 026 – WEISS, Fernando Lemme. Primeiras impressões sobre a reforma tributária de 2003. **Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, n. 13, p. 460-456, 1. quin. jul. 2003.