

Reconhecimento da paternidade: observações à Lei nº 8.560/92

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Promotor de Justiça - SP

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, profundas modificações se instituíram em relação à família e, notadamente, à filiação advinda de relações fora do casamento. Hoje, estes filhos estão em tudo equiparados àqueles nascidos de justas núpcias.

De lá para cá, leis ordinárias buscaram traduzir a vontade do legislador constituinte, em disposições que lhe dessem dimensão executória. Primeiro veio a Lei nº 7.841/89, que revogou o malsinado artigo 358 do Código Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Depois a Lei nº 8.069/90 (o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente), que inscreveu a matéria da perfilhação no corpo das regras que destinou a família natural (arts. 25 a 27). Mas, sem dúvida alguma, foi a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (que não se presta apenas para a determinação da paternidade, mas, também, para a da maternidade - *ex vi* - o art. 5º, I, da CF), a que verdadeiramente tratou da questão como um todo, inovando e até mesmo subvertendo princípios até então vigentes.

Das modificações operadas, certamente, as duas mais importantes são aquelas que permitiram o reconhecimento do filho por escrito particular ou por manifestação expressa e direta perante o Juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º, inc. II, segunda parte e IV) e a que deu ao Ministério Público legitimidade concorrente para a propositura da ação de investigação de paternidade ou maternidade (art. 2º, § 4º, da lei referida e 5º, I, da CF).

A primeira modificação trazida pela lei nova, embora importante, é de fácil compreensão, não merecendo aqui melhor detalhamento. Apenas, cumprindo observar que o que se ganhou em facilidade e economia ao se franquear o reconhecimento do filho por simples escrito particular, se perdeu na segurança do ato. A forma pública, embora mais onerosa e menos expedita, confere maior estabilidade e firmeza ao ato, por cobrar maior teor de determinação e prudência do declarante.

A segunda, todavia, abre margem a controvérsias e acirradas discussões, a ponto de, decorridos quase seis meses de vigência da lei, não terem os Promotores de Família de São Paulo chegado a uma conclusão uniforme sobre a importante questão.

O objetivo deste ensaio é, portanto, o de sugerir idéias para a busca e encontro de um princípio geral, que permita ao Ministério Público atuar de modo processualmente uniforme. Nada disso será possível, no entanto, se não se compreender a razão pela qual age e os fins que são perseguidos por este órgão do Estado. A Constituição Federal, no seu artigo 127, nos oferece a resposta almejada ao afirmar que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública e dos interesses individuais indisponíveis.

Daí evidencia-se o fato de que a atuação do **parquet** se faz em favor do interesse público qualificado, muitas vezes, de indisponibilidade. Se encarna, em determinado caso concreto, um interesse de outrem, ou se sua atuação beneficia A ou B, pouco importa. Esse interesse que encarnou em um caso determinado é, para o Estado (representado pelo Ministério Público), um interesse secundário, que visa ou que é meio para a satisfação de um interesse de ordem pública em jogo.

Não pode o Promotor, assim, em face do espírito que a Constituição deu à instituição da qual é membro, assumir posição de representação de interesse privado ou do Estado-Administração, sem apartar-se do seu dever, sem contrapor-se ao princípio jurídico que inspira sua atuação no processo.

Dessarte, é dentro deste norte que deverá ser visto e interpretado o parágrafo 4º do artigo 2º da Lei nº 8.560 (o que deu ao **parquet** legitimidade concorrente para a propositura da investigatória), sob pena de assim não sendo padecer a nova norma de vício de inconstitucionalidade.

E, realmente, foi nesse rumo que se pautou o legislador, criando ali não uma figura de representação, mas, sim, de legitimação extraordinária, à semelhança com o que já ocorria no artigo 68 do Código de Processo Penal (ação civil *ex delicto* e de execução civil da sentença condenatória criminal). É o Ministério Público propondo a ação em nome próprio e tendo como interesse primário o do Estado, de ver estabelecido para todos os seus súditos os vínculos de filiação.

Se examinarmos a justificativa que acompanhou o Projeto que resultou na Lei nº 8.560, poderemos verificar que serviu de fonte maior ao legislador pátrio o procedimento de investigação oficiosa de filiação adotado no Código Civil Português (arts. 1.864 e segs.). Naquele país, encontra-se o Promotor Público legitimado extraordinariamente para propor a ação de investigação de paternidade ou maternidade, isto quer dizer, propositura em nome próprio (do Ministério Público) e não no do bastardo, por representação.

Enfim, o modelo da Lei, inspirado na averiguação oficiosa da paternidade ou maternidade, prevista no Código Civil Português, foi além da afirmação de uma suposta e discutível pretensão jurídica individual ao conhecimento da ascendência biológica, pois atribui ao próprio Estado o direito de atuá-la, soberanamente, em aberto menosprezo para com os interesses privados do filho e do genitor que voluntariamente o reconheceu (geralmente a mãe). Percebe-se que o legislador desertou da posição que até então adotava de dispor que o reconhecimento do estado de filho constituía-se em "direito personalíssimo".

Vê-se que a lei nova (a Lei nº 8.560), insinua-se claramente contra a autonomia da vontade do particular ao converter o reconhecimento do vínculo parental, literalmente, de questão de estado em questão de Estado.

Assim, concordando ou não, com a linha política abraçada pelo legislador, temos de reconhecer que, com o advento da Lei nº 8.560 passou a ação (oficiosa) de investigação de paternidade a se reger pelos princípios que são comuns às chamadas ações civis públicas (dentre eles se destacando o princípio da indisponibilidade) e que perdeu ela (a ação de investigação da paternidade ou maternidade) seu caráter de versar sobre direito personalíssimo.

Disso tudo, surgirão questões processuais da maior relevância. Dentre as quais, realçaremos aquelas que julgamos mais importantes:

a) Ao receber do Juiz o procedimento averiguatório, quais os caminhos que se abrem ao Promotor?

Três serão os caminhos abertos ao promotor. O primeiro deles é o do pronto ajuizamento da ação investigatória, em entendendo suficientes os elementos coletados para a formação do seu Juízo de admissibilidade. O segundo será o da complementação do procedimento averiguatório (inclusive, com exame hematológico), visando à formação de seu convencimento. E o terceiro será o do arquivamento do procedimento, em concluindo pela inviabilidade da ação.

b) No caso de arquivamento do procedimento averiguatório, a quem caberá o reexame da decisão do Promotor?

À semelhança do que ocorre com o arquivamento do inquérito civil, o reexame da decisão do Promotor ficará a cargo do Conselho Superior do Ministério Público.

c) Em razão do arquivamento estará obstado o ajuizamento da ação pelo filho ou por seu representante?

Logicamente que não, posto que a legitimidade do **parquet** é simplesmente concorrente.

d) Mesmo que arquivado, devido a insuficiência de provas, poderá o procedimento averiguatório ser reaberto e, com base nele, ser intentada a ação investigatória?

Havendo novas provas, o despacho de arquivamento não se constituirá em obstáculo à reabertura do procedimento averiguatório e tampouco a propositura da ação.

e) Como deve ser compreendido o princípio da indisponibilidade da ação?

Este princípio deve ser compreendido com o necessário comedimento. O que não se admite é que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, se recuse. Todavia, tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do procedimento oficioso, para verificar se há ou não condições de viabilidade da ação.

Por isso mesmo que, concluindo pela inviabilidade da ação, promoverá o arquivamento das peças de informação. Poderá, ainda que intentada a investigatória, ao término da instrução, pugnar pela sua improcedência, ou até mesmo recorrer em favor do réu.

f) Na investigatória proposta pelo **parquet** se fará necessária a nomeação de um curador especial ou a intervenção de um outro Promotor que não aquele que ajuizou a ação?

Desnecessária e mesmo impertinente tal providência. O Ministério Público é parte imparcial e sua presença no processo, mesmo que no pólo ativo da lide, visa a fiscalizar a exata aplicação da lei, em cujo favor intervêm, e não em benefício da pessoa que eventualmente poderá vir a ser beneficiada por sua ação, pois trata-se de tutelar um interesse público e não um interesse privado. É inegavelmente imparcial, pois chega a recorrer em favor do acusado que acredita ser inocente (útil. Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", vol. IV, pág. 264 e José Frederico Marques, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. IV, págs. 206 e 264).

g) Testemunhos e depoimentos produzidos ao procedimento averiguatório terão pleno valor probante na ação investigatória?

Tais testemunhos e depoimentos se constituirão em meros princípios de provas, posto que não submetidos ao crivo do contraditório. Por isso, se presente qualquer receio em que no futuro esta prova não possa vir a ser repetida, v.g., testemunha gravemente enferma, em via de empreender viagem para lugar distante, etc., deve o Promotor se valer da cautelar prevista nos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil (produção antecipada de provas).

h) Falecendo o filho quando ainda decorria o processo de averiguação, poderá o Ministério Público, verificados que sejam os pressupostos de que depende a sua legitimidade, intentar a ação de investigação de paternidade ou maternidade?

Se considerarmos que é o interesse público do estabelecimento dos vínculos de filiação e do registro de tais vínculos que movem a intervenção do Ministério Público, temos de concluir que mesmo nesta hipótese deve a ação ser intentada.

i) A oposição do representante do filho incapaz ao seu reconhecimento importa em fator impeditivo ao ajuizamento da investigatória pelo Ministério Público?

Esta oposição é fator inteiramente indiferente ao Ministério Público, eis que age em razão do interesse público do estabelecimento dos vínculos de filiação e não em favor dos interesses do particular. Lembre-se, aqui, o que já foi frisado em outro passo do ensaio: "a paternidade e a maternidade literalmente deixaram de ser uma questão de estado para se transformar numa questão de Estado, perdendo sua característica de direito personalíssimo".

Isto não quer dizer que não possa o genitor conhecido, amparado pelo seu direito de privacidade, calar-se quanto à identidade de seu parceiro ou de seus parceiros sexuais, ou mesmo entender que o bem do filho recomenda tal conduta, como no caso de concepção advinda de estupro ou incesto. Conduta esta que, na verdade, inviabilizará a ação do **parquet**.

j) Será admissível a ocorrência de assistência na ação proposta pelo Ministério Público?

Plenamente possível é a ocorrência, no caso, da assistência litisconsorcial. Estão legitimados, para tanto, o próprio filho, sua prole ou mesmo o genitor que já o reconheceu.

l) Poderá o filho ou seu representante depor na ação ajuizada pelo Ministério Público?

Fora os casos em que se tenha dado a assistência litisconsorcial, o filho ou seu representante não serão depoentes no sentido técnico do termo, mas poderão testemunhar na qualidade de simples informantes, por ser inábil por motivo moral o compromissamento.

m) Se o **parquet** intentou a investigatória e esta foi julgada improcedente, estará o filho impedido de intentar nova ação em razão dos efeitos da coisa julgada?

A seguir-se o princípio estabelecido no artigo 472 do Código de Processo Civil, nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. Em outras palavras, os efeitos da coisa julgada só se estenderão ao filho, se este tiver sido citado para ingressar na ação na qualidade de litisconsorte.

n) Havendo dualidade de ações, qual delas deve prevalecer: a proposta pelo Ministério Público ou a proposta pelo filho?

Tratando-se, como vimos, de legitimidade concorrente, prevalecerá aquela onde se tenha dado, por primeiro, a citação do réu.

o) Desistindo o filho da ação investigatória, que destino se dará a ela?

Ocorrendo esta hipótese, o Promotor que vinha até então atuando como simples fiscal da lei deverá assumir o patrocínio da causa, dando-lhe seguimento, à semelhança do que já ocorria na ação popular.

Em linhas gerais, estas as considerações que tinha para fazer sobre uma lei que, verdadeiramente, revolucionou toda a sistemática até então vigente em matéria de determinação do vínculo parental. Espero, sinceramente, que o ensaio tenha servido não para firmar posição, mas, sim, para aviventar o debate, que tanto se faz necessário para o acomodamento de questão de tamanha relevância.