

A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Caren Becker Alves de Sousa*

Sumário

1. Nota introdutória. 2. Legitimidade. 3. Fundamentos do pedido investigatório de paternidade. 3.1. Concubinato. 3.2. Rapto. 3.3. Relações sexuais. 3.4. Escrito emanado do suposto pai. 3.5. Posse de estado. 4. Foro competente. 5. Ônus da prova e revelia. 6. Algumas considerações sobre os meios de prova mais utilizados. 6.1. Provas hematológicas. 6.2. O exame de DNA. 6.2.1. A assistência judiciária e o exame de DNA. 6.2.2. A recusa na realização do exame. 7. Investigação de paternidade e alimentos. 7.1. Da pensão alimentícia. 7.2. Dos alimentos provisórios. 7.3. Dos alimentos definitivos. 7.4. Da ação de alimentos com prova incidental do nexo paterno-filial. 8. A sentença de reconhecimento de paternidade e seus efeitos. 9. Considerações finais. 10. Bibliografia.

1 NOTA INTRODUTÓRIA

“A determinação da paternidade tem constituído, de há muito, preocupação constante dos estudiosos e até hoje, a despeito do progresso

* Aluna do 9º período de graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

vertiginoso da ciência, não se pode, a rigor, afirmá-la, senão apenas excluí-la, através de provas genéticas fundadas nas leis de Mendel.”¹

Assim, nem sempre é fácil provar os fatos que indiciam a filiação. Enquanto a maternidade é um fato de evidência irretorquível, a paternidade é um acontecimento que pode suscitar controvérsias.

“O vocábulo filiação exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geraram. Encarada em sentido inverso, isto é, do lado dos genitores referentemente ao filho, essa relação chama-se paternidade ou maternidade”.²

Antes da Constituição Federal vigente, os filhos eram divididos em legítimos e ilegítimos. Os legítimos eram concebidos na constância do casamento, ou seja, eram fruto de “justas núpcias”; os ilegítimos eram divididos em naturais e espúrios: considerava-se natural o filho cujos pais não se casaram, não havendo impedimento para tanto; espúria era a filiação resultante de relacionamento sexual incestuoso ou envolvendo pessoa já casada (adulterina).

A equiparação entre os filhos foi ocorrendo de maneira paulatina em nosso direito, à medida que a sociedade superava, ou ainda supera, seus preconceitos em relação a relacionamentos não convencionais, como é o caso da união estável; e à medida, também, que se compreendeu que, embora o relacionamento entre os pais seja a causa da concepção dos filhos, não deve ser causa de se estereotipar a prole daí advinda.

O art. 358 do Código Civil vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos ou adulterinos. Porém, com o advento da Carta Magna de 1988,

1 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Investigação de paternidade. Teoria – Formulários – Jurisprudência – Legislação*. 5. ed., São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 32.

2 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 28.

foram suprimidas definitivamente quaisquer qualificações discriminativas da filiação, igualando-se os direitos dos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (art. 227, § 6º).

Reafirmando tal posição, o art. 358 do Código Civil foi expressamente revogado pela Lei n. 7.841/89. O art. 6º da Lei n. 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, bem como o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) também consagram esse posicionamento.

Assim, hoje, o reconhecimento da paternidade pode ter lugar sem óbices relacionados ao estado civil ou parentesco dos genitores.

2 LEGITIMIDADE

Além do reconhecimento voluntário da paternidade, admite o Código Civil o reconhecimento judicial, realizado através da ação de investigação de paternidade, pela qual se procura obter declaração do *status familiae*.

Ante o caráter personalíssimo da ação investigatória, o filho será o legitimado ativo, podendo, no entanto, os herdeiros darem prosseguimento à ação no caso de falecimento daquele; porém, nunca poderão postulá-la.

Tratando-se de filho menor ou incapaz, a *actio* será proposta mediante o concurso do representante. No entanto, o poder de representação não inclui o poder de disposição de direitos. Assim, não poderá o representante, por qualquer motivo ou fundamento, desistir da investigatória já postulada, vez que tal ato é considerado, pela doutrina, prejudicial aos superiores interesses do menor, que devem ser preservados, embora possa, a qualquer tempo, propor nova ação com o mesmo propósito.

Tratando-se de investigante capaz, no entanto, a desistência é válida e possível, pois o exercício desse direito depende fundamentalmente de sua vontade, sem extinguir o próprio direito, que subsistirá.

Há de se ressaltar que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, tendo o menor possibilidade de impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação (art. 362 do CC).

No caso do representante legal, qualquer atitude que configure des-caso ou desinteresse pelo processo representa autêntica colisão de interesses, justificando a nomeação de curador especial, a requerimento do interessado ou do Ministério Público (arts. 387 do CC, e 9º, I, parte final do CPC).

A ação é imprescritível, salvo quanto aos efeitos patrimoniais (Súmula 149 do STF) e segue, sempre, o rito ordinário.

Será intentada contra o pretenso pai ou, falecido este, contra os herdeiros; não sendo o espólio, neste último caso, parte passiva legítima. Coadunando esta posição, manifestação do Prof. Humberto Theodoro Júnior:

“Quanto à legitimação passiva, o art. 363 do Código Civil é claro ao dispor que a ação de investigação de paternidade tem cabimento ‘contra os pais ou seus herdeiros’. A ação *in casu*, embora possa eventualmente associar-se à petição de herança, não é, no que diz respeito à sua essência de declaração de paternidade, uma ação patrimonial. A espécie é de ação de estado, pelo que só pode mesmo ser travada entre as pessoas vinculadas ao liame de parentesco que se pretende declarar.”³

Afirma Arnaldo Medeiros da Fonseca que, se falecido o pai,

“cabe a ação contra seus herdeiros, entendendo a doutrina dominante que deve esta expressão ser compreendida no mais amplo sentido,

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito de família*. Família natural. São Paulo: Leud, 1988, p. 105.

abrangendo os sucessores a título universal, legítimos e testamentários e até legatários, quando o *de cuius* houver distribuído em legados a herança toda.”⁴

Caracterizando-se a ação de investigação como de estado, é necessária a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade (art. 246 do CPC).

A par da atuação como fiscal da lei, foi cometida legitimidade *ad causam* ao órgão ministerial para a ação de investigação de paternidade (Lei n. 8.560/92, art. 2º, § 4º).

A Constituição Federal atribui ao *Parquet* a defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127), colocando, no seu art. 226, a família como base da sociedade, merecendo esta, pois, especial proteção do Estado.

No entanto, a melhor doutrina entende que tal atuação do Ministério Público, em termos de investigação de paternidade, fica condicionada à manifestação de interesse da parte cuja paternidade se pretenda ver reconhecida.

A legitimação, em tal caso, é extraordinária e supletiva, agindo o órgão ministerial como substituto processual, não estando condicionada sua iniciativa à situação de miserabilidade do investigante ou outra peculiaridade.

Outra inovação trazida pela lei de investigação de paternidade foi a possibilidade de o oficial de registro civil das pessoas naturais, ao efetuar o registro de uma criança em que se tem somente a maternidade estabelecida, tendo indícios da paternidade, enviar ao juiz uma certidão com os dados coletados para que se instaure a competente averiguação.

4 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 378.

3 FUNDAMENTOS DO PEDIDO INVESTIGATÓRIO DE PATERNIDADE

Não havendo o reconhecimento voluntário da paternidade, os filhos têm ação contra o pai ou herdeiros deste para obterem a perfilhação, com os consectários naturais – nome, alimentos, sucessão, etc. (art. 2º, § 5º, da Lei n. 8.560/92).

Nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), “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”.

A ação tem natureza declaratória, vez que seu objetivo é o reconhecimento de uma situação já preexistente, que apenas necessitava de um reconhecimento judicial para produzir efeitos.

Reza o art. 363 do Código Civil:

“Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

- I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;
- II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;
- III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.”

E, a teor da legislação pátria, presume-se a paternidade do filho nascido na constância do casamento, podendo esta, no entanto, ser contestada, na forma e no prazo legal.

Importante ressaltar que, conforme alhures exposto, diante da atual Constituição não é mais permitida a distinção entre filhos outrora denominados legítimos e ilegítimos.

3.1 Concubinato

Este é o primeiro motivo que autoriza a perseguição da paternidade – existência do concubinato da mãe com o pretendido pai, em período coincidente com a concepção do investigante.

Na opinião de Orlando Fida e J. B. Torres de Albuquerque, “trata-se de uma verdadeira presunção de paternidade, o concubinato não é mero fundamento ou pretexto para requerer a ação investigatória”.⁵

Há de se ressaltar que, ante o espírito inovador da Constituição Federal de 1988, tal expressão vem sendo substituída pela denominação de *união estável* – hoje reconhecida como forma de constituição da família (art. 226, § 3º da CF/88).

Busca-se, dessa forma, acabar com os preconceitos em relação a esse tipo de relacionamento há muito existente em nossa realidade. Porém, a própria Lei Maior, embora não se possa negar seu caráter progressivo, ao ordenar, no dispositivo supramencionado, que a lei ordinária facilite a conversão da união estável em casamento, manteve um certo receio em relação às uniões não oficiais, o que é fruto de uma mentalidade ainda bastante conservadora do povo brasileiro em geral.

Definir a união estável é tarefa bastante árdua, pois trata-se de uma situação de fato a ser identificada. A maioria dos autores traduz a expressão no convívio duradouro entre um homem e uma mulher, como se fossem marido e esposa, sem o vínculo do matrimônio. Seria o denominado “casamento de fato”.

A Lei n. 9.278/96, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, assim a define:

5 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Investigação de paternidade*. Teoria – Formulários – Jurisprudência – Legislação. 5. ed., São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 69.

“art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

A teor da Súmula 382 do STF, “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Porém, como bem destaca Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, “interessa notar que, para efeito de investigação de paternidade, estará caracterizado o concubinato pela aparente estabilidade da união mantida pelos pais do investigante, a par da admissão de fidelidade da mulher”.⁶

“O conceito moderno de concubinato, para efeito de paternidade, não exige que os amásios vivam como marido e mulher; para caracterizá-lo bastam a existência de relações sexuais mais ou menos prolongadas, a notoriedade do fato, a aparente fidelidade da amásia e o nascimento do investigante em data capaz de tornar aceitável esse período com a concepção.”⁷

3.2 Rapto

A primeira parte do inciso II do art. 363 do Código Civil refere-se ao rapto da mãe pelo suposto pai como fato que pode ensejar a declaração de paternidade, desde que coincidente o período com a concepção do investigante.

O rapto traduz-se em crime que consiste na subtração de mulher honesta para fins libidinosos, empregando, para tanto, violência, intimidação ou fraude.

É hipótese rara, e por isso mesmo pouco discutida pela doutrina.

6 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 154.

7 RT 89/321.

Há de se ressaltar que tanto o rapto violento ou mediante fraude (art. 219 do CP) quanto o rapto consensual ou impróprio (art. 220 do CP) podem dar ensejo à investigação de paternidade.

3.3 Relações sexuais

Nos termos do art. 363, II, 2ª parte, do Código Civil, tendo o réu mantido relações sexuais com a mãe do investigante, ainda que eventuais, a paternidade poderá ser declarada, no caso de estas coincidirem com o período da concepção.

Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Alimentos – Cumulação com investigação de paternidade – réu casado – Conversão do julgamento em diligência para realização do exame sangüíneo, eis que não efetuado, por ausentes as partes – *Desnecessidade da existência de namoro sério para casos de apuração de paternidade. Comprovação de que o indigitado pai tinha mantido encontros furtivos com a genitora da investigante* – Pedido procedente – Redução da pensão – recurso provido para esse fim” (grifos nossos).⁸

Aliás, caso se exigisse prova cabal e inconcussa do relacionamento carnal dos genitores no período da concepção do investigante, raramente a demanda lograria êxito.

Como bem pondera Mário Aguiar Moura,

“as relações sexuais por sua própria natureza, e dentro da normalidade do comportamento humano, são praticadas às ocultas e secretas.

8 TJSP – Apelação Cível n. 89.636-1. Origem: Itápolis. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Silvério Ribeiro, j. 5/2/91.

Na hora em que os parceiros se apresentam para entreter o amplexo sexual, buscam a solidão a dois. Pelo pudor natural das pessoas, por império dos costumes, o ato sexual vela-se aos olhos e ouvidos de terceiros, para encontrar seu desafogo na recíproca entrega dos praticantes.”⁹

Assim, o intérprete e o juiz hão de contentar-se com a prova indireta, através de indícios, conjecturas e presunções sérias e coincidentes.

Exige-se, porém, que a mãe não seja mulher de comportamento lascivo, pois em tal situação poderá ser oposta a *exceptio plurium concubentium*, ou seja, a alegação de que, à época da concepção, a mãe do investigante manteve relações sexuais com outro homem, ou outros homens, que não o indigitado pai.

“São comuns os casos de desquite, decretados não pelo reconhecimento do adultério da esposa, mas por sua conduta leviana, em relação a outros homens. Se em tal hipótese o marido pode pôr em dúvida a honestidade e fidelidade da mulher, como não duvidar da concubina que oferece intimidades a outros, e não apenas ao seu amante?”¹⁰

Humberto Theodoro Júnior, argumentou:

“Embora tenha a mulher mantido congressos carnais com diversos homens em tempos idos, pode-se reconhecer a paternidade de seu filho quando, ao tempo da concepção, a prova testemunhal revela que a vida dissoluta teria cessado e a fidelidade ao companheiro teria se estabelecido.”¹¹

9 MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático da filiação, filiação legítima e ilegítima*. Rio Grande do Sul: Síntese, 1980, v. 1, p. 292.

10 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 68.

11 TJMG – Apelação Cível n. 64.679, j. 25/10/84.

Assim, para que se aceite a defesa fundada na *exceptio plurium concubentium* é preciso prova segura evidenciadora da má conduta da mãe do investigante, à época de sua concepção, não bastando, para tanto, indícios e presunções.

Nesse sentido, as decisões abaixo:

“Investigação de paternidade – Procedência – Exame hematológico não excludente – Ausência de crítica ao laudo no momento apropriado – Não comprovação da alegada *exceptio plurium concubentium* – Recurso não provido.”¹²

“Para se comprovar a *exceptio plurium concubentium* é mister prova suficiente no sentido de que, durante o período da concepção, a mulher tivesse má conduta.”¹³

3.4 Escrito emanado do suposto pai

Finalmente, o art. 363, III, do Código Civil autoriza o reconhecimento da filiação ante a existência de escrito do suposto pai reconhecendo a paternidade.

Necessário, para que produza os efeitos pretendidos, que o documento seja levado a apreciação judicial.

Considerando as sérias conseqüências advindas da declaração do parentesco, Bertoldo Mateus de Oliveira Filho entende que o documento deve referir-se especificamente à filiação, não deixando qualquer dúvida quanto à manifestação de vontade, e que seja incontroversa a autenticidade do es-

12 TJSP – Apelação Cível n. 257.270-1. Origem: Penápolis. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Souza José, j. 6/9/95.

13 TJSC – Apelação Cível n. 96.004866-9. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Mussi, j. 22/4/97.

crito. Porém, admite, que sem tais requisitos o documento, certamente, poderá servir como elemento probatório em uma investigatória baseada em outro motivo.¹⁴

Menos radical a posição esposada por Orlando Fida e J. B. Torres de Albuquerque:

“Trata-se de uma manifestação de vontade que pode estar contida em documento particular, em uma carta ou por escritura pública. O importante é que possa ser provada a autenticidade desse escrito, que, nesse caso, valerá por uma confissão.”¹⁵

3.5 Posse de estado

O direito positivo brasileiro não elenca a posse de estado entre os motivos que ensejam a investigação de paternidade, no entanto não se pode negar que é um forte elemento probatório para a declaração da relação de parentesco, fundamentada em um dos incisos do art. 363 do Código Civil.

Exemplificando a posse de estado, pode-se citar os casos em que o investigante traz o nome do investigado; ou quando sempre foi tratado por este como filho, etc.

Assim, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Na ação de investigação de paternidade é, via de regra, praticamente impossível a obtenção de prova de direitos a respeito, bastando, então, para lastrear um decisório positivo acerca do pleito declaratório buscado, a existência de indícios concretos e circunstâncias objetivas pertinentes a coincidência entre o relacionamento sexual dos proge-

14 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 161.

15 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 74.

nitores e o conseqüente nascimento do investigando. Assim ocorre se o aposto pai mantém com a mãe inegável concubinato que dura todo o período da gestação e mais seis meses após o nascimento do investigando, sempre comportando-se como o seu verdadeiro progenitor, convidando inclusive casal amigo seu para a *celebração do batismo católico da criança, como revela certidão religiosa pertinente*”.¹⁶

4 FORO COMPETENTE

Nos termos da regra geral do art. 94 do Código de Processo Civil, a ação de investigação de paternidade deve ser proposta no foro do domicílio do réu. Entretanto, cumulado o pedido investigatório com alimentos, prevalece o foro privilegiado do alimentando (Súmula n. 1 do STJ).

5 ÔNUS DA PROVA E REVELIA

Na ação de investigação de paternidade, enquanto ação de estado marcada pela indisponibilidade, os efeitos da revelia são inexpressivos (art. 320, II, do Código Civil).

Assim, decidiu corretamente o TJMG:

“Na ação de investigação de paternidade a revelia, em razão de seus efeitos, não desobriga os investigantes de comprovarem os fatos constitutivos de seu direito, a fim de que a prova dos autos se configure como de certeza e não meramente presuntiva da paternidade. É

16 TJSC – AC 49.698. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 17/10/95.

nula a sentença que julga antecipadamente a lide, em ações desta natureza, com base na revelia".¹⁷

Portanto, em princípio, o *onus probandi* é cometido ao autor. No entanto, haverá a inversão do ônus se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC).

O argumento mais comum utilizado na defesa de ação de investigação de paternidade é o da *exceptio plurium concubentium*, já tratada no item 3.3. Pode, ainda, basear-se a defesa na impotência ou esterilidade do investigado.

Certo é que o réu também pode simplesmente reconhecer a procedência do pedido, reconhecendo a paternidade.

6 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MEIOS DE PROVAS MAIS UTILIZADOS

"Em nosso Direito, a prova dos fatos que servem de fundamento da ação de investigação de paternidade pode fazer-se com a maior amplitude [...], admitindo-se, para esse fim, escritos, prova testemunhal, presunções e indícios."¹⁸

Necessário, em especial, cuidado ao analisar-se a prova oral, extremamente comum nas ações de investigação de paternidade ante a possibilidade de versões falsas ou tendenciosas.

Claro é que a prova da filiação não pode repousar em simples conjecturas e que a convicção não pode decorrer apenas de apreciações subjetivas do juiz, devendo decorrer da análise dos fatos e das provas.

17 TJMG – AC 89.085-3. Origem: Alfenas. Rel. Des. Murilo Pereira. *Diário do Judiciário*, 10/11/92.

18 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 398.

Prova de grande relevo no processo de investigação de paternidade é a pericial, que se aperfeiçoa, a cada dia, com o desenvolvimento da medicina, dentre elas destacando-se a hematológica e o exame de DNA.

6.1 Provas hematológicas

"Investigação de paternidade – Comprovação por exame HLA – Admissibilidade – Constatada a compatibilidade alélica-haplotípica entre a herança paterna e os genótipos possíveis do indicado pai – Paternidade não excluída pelos exames – Requerido, ademais, que na peça contestatória não nega ter conhecido a mãe do requerente e na mesma noite mantido relações sexuais com ela – Recurso não provido."¹⁹

Pelo sistema ABO pode-se excluir a possibilidade de uma paternidade, mas nunca prová-la, vez que, no máximo, tem-se atingido uma probabilidade média de 80%.

Através de exames mais complexos com outros sistemas de grupos sanguíneos convencionais, já se atingiu uma probabilidade bastante próxima de 100%, mas que foi excluída, de maneira categórica, pelo exame de DNA.

Assim, as provas hematológicas, embora possam enriquecer o conjunto probatório dos autos, jamais podem servir como base única para o reconhecimento de uma paternidade.

Destacando a importância de dita prova, já decidiu o TJPR:

"Investigação de paternidade cumulada com alimentos – Exame HLA – Análise do conjunto probatório, pelo julgador – Sistema de persuasão racional – ausência de nulidade da sentença – Atendimento ao art.

19 TJSP – Apelação Cível n. 214.577-1. Rel. Des. Álvaro Lazzarini. Origem: Campinas, j. 18/10/94.

458 do Código de Processo Civil – Apelo desprovido. Tratando-se de ação de investigação de paternidade, forçoso aceitar a elucidação do laço de filiação com base na conclusão do sistema HLA, que apresenta altíssimo percentual de probabilidade de ser o réu pai biológico do investigando e remota a possibilidade de erro.”²⁰

6.2 O exame de DNA

O DNA é hoje a prova mais segura e procurada nas ações de investigação de paternidade, pois traz consigo uma média de acerto de quase 99,9%.

Porém, não deve ser considerado isoladamente, devendo-se analisar as demais provas dos autos. Aliás, já houve decisão do TJMG recusando a confiabilidade absoluta preconizada em relação ao exame de DNA, decidindo que o juiz pode considerar outros elementos probatórios e rejeitar a prova pericial, nos termos do princípio do livre convencimento do julgador.²¹

No entanto, a maioria da jurisprudência e doutrina reconhece o imenso valor da prova em estudo.

Nesse sentido, pronunciamento do TJSC:

“Nas ações de investigação de paternidade, a realização de exame de DNA, atribuindo ao réu probabilidade cumulativa positiva de paternidade de 99,99995% constitui prova robusta a conduzir à procedência do pedido, máxime quando corroborada pelos demais elementos probatórios carreados aos autos.”²²

20 TJPR – Acórdão 11.516. Apelação cível. Rel. Des. Airvaldo Stela Alves. Comarca Terra Rica – Vara única. 4ª Câmara Cível. Publicação em 5/8/96.

21 TJMG – Apelação Cível n. 29.442-1. Origem: Comarca de Iturama. Rel. Des. Antônio Hélio. *Diário do Judiciário*, 11/11/94.

22 TJSC – Apelação Cível n. 96.004880-4. 3ª Câmara Cível, j. 5/11/96.

6.2.1 A assistência judiciária e o exame de DNA

No Brasil, o maior problema em relação ao exame de DNA diz respeito à inacessibilidade do exame pelas pessoas carentes.

Já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais que

“o profissional liberal não pode ser obrigado a desempenhar gratuitamente o encargo de perito, ainda mais quando se sabe que o exame para determinação da paternidade por impressões digitais de DNA está restrito a um ou dois médicos no Estado de Minas Gerais, levando o facultativo indicado a atuar em todas as ações de investigação de paternidade que tramitam sob o pálio da Assistência Judiciária, sujeitando-se à incerteza do recebimento de seus honorários, pois não é certo que o vencido tenha sempre condições de arcar com o custo do exame.”²³

Não obstante a racionalidade dos argumentos invocados, há de se concluir que o que se tem visto é uma elitização da perícia.

A Lei n. 1.060/50 garante aos necessitados a assistência judiciária, que inclui os honorários de advogado e peritos (art. 3º, V da lei). Porém, hoje, conforme informação recentemente veiculada pela imprensa e confirmada pelas Varas de Família do Fórum Lafayette, a “fila” para realização do exame de DNA custeado pelo Estado está no ano 2007.

Certo é que muito se tem progredido nessa área, vez que hoje já é possível a realização de um exame de DNA por R\$ 600,00, através do Hospital da Clínicas da UFMG (informação obtida no local).

23 TJMG – Apelação Cível n. 86.785-5. Origem: Comarca de Baependi. Rel. Des. Cláudio Costa. *Diário de Judiciário*, j. 28/10/92.

6.2.2 A recusa na realização do exame

O réu não pode ser obrigado a se submeter ao exame de DNA²⁴ embora a recusa infundada possa ser considerada como presunção da paternidade, devendo ser analisada no conjunto das demais provas.

Assim, já decidiu o TJMG:

“Não pode o Poder Judiciário impor o exame, sob pena de desgaste ou, quando menos, de pura perda de tempo se o paciente não o permitir. Inspeção no corpo humano que só é moralmente legítima, assim, só podendo fazer-se, com o consentimento do interessado.”²⁵

“A recusa do réu em investigação de paternidade de se submeter a exame hematológico leva à presunção dos fatos alegados e há uma sanção para esta conduta incivil do réu, qual seja, a de presumir-se verdadeira a imputação de sua paternidade.”²⁶

7 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS

É possível a cumulação do pedido de investigação de paternidade com o de alimentos, vez que, reconhecida a relação de parentesco, surge o direito à *assistência material recíproca entre as partes*, nos termos do Código Civil (arts. 396/398).

24 Nesse sentido: *RJTJESP* 99/35, 99/158, 110/319, 111/350, 112/368; *RT* 633/70.

25 TJMG – AC 4648-2. Origem: Poços de Caldas. Rel. Des. Baby Cury. *Diário do Judiciário*, 2/8/94.

26 TJMG – AC 88.469-3. Belo Horizonte. Rel. Des. Hugo Bengtsson. *Jurisprudência Mineira*, 15/10/92.

7.1 Da pensão alimentícia

Nos casos de investigação de paternidade e das ações alimentícias em geral, é bem mais comum os filhos pleitearem alimentos junto aos pais do que o contrário, embora seja perfeitamente admissível, satisfeitos os requisitos legais.

O direito dos filhos menores em receber pensão alimentícia por parte dos pais é amplamente protegido e resguardado não só pelo nosso ordenamento jurídico, como também por ampla gama do Direito Comparado ocidental.

Começamos pela Constituição Federal, que afirma expressamente que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (art. 229 da CF).

Não obstante, ainda sobre o devido cuidado para com os filhos, encontramos o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mister se faz buscar o princípio norteador de tal postulado jurídico. Nesse sentido, a intenção do legislador em coibir o egoísmo, a lascívia, a ganância humana, impedindo o abandono nas relações, ainda mais por laços familiares, daqueles que dependem dos outros.

Aquele que tem condições de sustentar torna-se responsável por aqueles que necessitam de sustento, mantendo-se, assim, a obrigação familiar nas relações humanas.

Dessa forma, nos termos do art. 399 do Código Civil, “são devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

O valor dos alimentos deve ser fixado na *proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada* (art. 400 do CC).

J. Franklin Alves Felipe esclarece:

“Os alimentos abrangem não só o fornecimento de alimentação, como também a habitação, o vestuário, a assistência médica e, sendo o me-

nor alimentário, as despesas de instrução e educação, não se excluindo as parcelas destinadas às diversões e ao lazer, enfim, é tudo o que serve para conservar a existência ou promover o desenvolvimento.”²⁷

Também desta opinião Orlando Fida e J. B. Torres de Albuquerque:

“Os alimentos compreendem os recursos necessários à sobrevivência, não só a alimentação propriamente dita, como a habitação, vestuário, tratamento médico e dentário, assim como instrução e educação, quando se trata do menor”.²⁸

7.2 Dos alimentos provisórios

Nos termos do art. 7º da Lei n. 8.560/92, “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”.

Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, criticando tal posição, argumenta:

“A fixação dos alimentos provisionais na sentença se nos afigura inconveniente, porquanto não permitirá, em prejuízo do contraditório, a impugnação do *quantum* ou pertinência do pensionamento pelo investigado senão em sede recursal, vez que exaurido o ofício jurisdicional de primeiro grau.”²⁹

Data maxima venia, não concordamos com o entendimento do douto jurista. Uma vez reconhecido o parentesco entre as partes, ainda que haja recurso da decisão, não seria justo que o investigante que necessita da pen-

são alimentícia ficasse sem auferi-la. Conosco a opinião de Orlando Fidas e de J. B. Torres de Albuquerque.³⁰

Aliás, despicienda qualquer discussão nesse sentido, ante a clareza do artigo da Lei n. 8.560/92 supracitado.

No que se refere à possibilidade de fixação de alimentos, antes de comprovada a paternidade, a maioria da doutrina e jurisprudência a refuta. “Somente em casos excepcionalíssimos, de extrema necessidade de incapazes sem representação, admite-se a outorga de alimentos, *ultra legem*, antes da sentença declaratória da paternidade”.³¹

Nesse sentido, manifestação do TJSP:

“Havendo pedidos cumulados de alimentos e de investigação de paternidade, não se concedem alimentos provisionais enquanto não proferida a sentença de acolhimento da investigatória”.³²

Para Yussef Said Cahali, “ausente a prova pré-constituída da relação de parentesco, ou não tendo o filho optado pela ação ordinária de alimentos, a pretensão alimentícia condiciona-se à investigação da paternidade”.³³

Já decidiu o TJMG que “sem prova pré-constituída da paternidade legítima ou natural, não se pode condenar o suposto pai a prestar alimentos, quando essa qualidade é por ele negada”.³⁴

Argumenta, no entanto, o professor Caio Mário da Silva Pereira:

“Entendemos, porém, e conosco a corrente liberal, que os alimentos são, antes de tudo, uma imposição do direito natural, não sendo admissível que o filho se exponha a sofrer à míngua de recursos

28 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 47.

29 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Op. cit.*, p. 169.

30 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 50.

31 TJRS – AI 593091218. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. João Andrades Carvalho. *RJTJRS* 162/218, j. 4/11/93.

32 TJSP – AI 132.741-1. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Benini Cabral. *RT* 660/98, j. 23/5/90.

33 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 432.

34 *Jurisprudência Mineira* 81/202.

indispensáveis à subsistência, até que os trâmites processuais encerrarem a primeira fase da ação. Se ao juiz parecerem razoáveis os fundamentos desta, e houver indícios da paternidade investigada, deve concedê-los provisionais na pendência ou mesmo no início da lide. A jurisprudência, a seu turno, autoriza esta conclusão.”³⁵

Bertoldo Mateus de Oliveira Filho acompanha esse entendimento destacando que, “fixada a verba provisional nos próprios autos da lide investigatória, deve-se admitir a impugnação pelo investigado na forma do art. 13, § 1º, da Lei n. 5.478/68, aplicável analogicamente”.³⁶

Não negamos o poder da argumentação oferecida pelos ilustres doutrinadores, mas destacamos a necessidade de extrema cautela para a aplicação desse entendimento, vez que, do contrário, pode-se impor ao suposto pai um ônus que não deveria suportar, consagrando o enriquecimento ilícito da parte postulante.

Assim, salvo casos muito particulares, entendemos que os alimentos provisionais apenas são devidos a partir da sentença favorável de primeiro grau.

7.3 Dos alimentos definitivos

Os alimentos tornam-se definitivos a partir do trânsito em julgado da sentença ou acórdão em que foram estipulados.

A grande controvérsia que se impõe, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, refere-se à possibilidade de retroatividade dos alimentos ao momento da citação.

De um lado, J. Franklin Alves Felipe, fazendo menção ao art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68, que dispõe que “em qualquer caso, os alimentos fixados

retroagem à data da citação”, entende ser esta também a melhor e mais sólida orientação no que tange a ação investigatória de paternidade.³⁷

Nesse sentido, as decisões abaixo:

“Alimentos – Investigação de paternidade – Cumulação de ações – Início da obrigação. Na ação de reconhecimento de paternidade cumulada com pedido de alimentos, após o trânsito em julgado, conta-se a obrigação alimentícia a partir da citação.”³⁸

“Investigação de paternidade cumulada com alimentos – Matéria de fato – Fixação do termo inicial da pensão alimentícia a partir da citação. Matéria de fatos e provas não se reexamina em sede do especial (Súmula n. 7 do STJ). Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar, em caráter definitivo, *exsurge*, de forma, incontestada, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja, quando da instauração da relação processual válida, que se dá com a citação. Inteligência do § 2º, do art. 13 da Lei n. 5.478/68.”³⁹

Por outro lado, em posição diametralmente oposta, afirma Bertoldo Mateus de Oliveira Filho que “induidosamente a obrigação alimentar decorrente da perfilhação compulsória *exsurge*, com característica perene, a partir da sentença que dirimir a situação jurídica controvertida”.⁴⁰

Também desta opinião o mestre Caio Mário da Silva Pereira:

“O débito alimentar vigorará para o futuro, e se já era necessitado o filho, anteriormente à data da perfilhação, nem por isto fica o pai obri-

37 FELIPE, J. Franklin Alves. *Prática das ações de alimentos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.100.

38 TJMG – Apelação Cível n. 215/4. Rel. Des. Francisco Figueiredo. 4ª Câmara Cível, j. 19/8/93.

39 STJ – REsp 78.563. Origem: Goiás. 3ª Turma. Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJU 16/12/96.

40 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Op. cit.*, p. 170.

35 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 249/250.

36 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Op. cit.*, p. 170.

gado a pagar-lhe as prestações pretéritas. Não porque inexistisse a obrigação alimentar anteriormente ao reconhecimento, pois sendo a obrigação alimentar *jure sanguinis*, já era devida com fundamento no vínculo biológico, e só não efetivara porque a relação da paternidade não era juridicamente conhecida. Mas, como esta só se tornou conhecida pelo reconhecimento, o dever moral de alimentar só se tornou obrigação legal e exigível a partir desta ocorrência. Assim, a jurisprudência.”⁴¹

Ainda nesse sentido as decisões abaixo:

“Na ação de alimentos cumulada com investigação de paternidade, julgadas procedentes, os alimentos são devidos a partir da sentença, e não da citação.”⁴²

“O termo inicial dos alimentos, na ação de investigação de paternidade, é o da sentença, ato pelo qual se reconhece e constitui o direito, sendo descabidos os provisionais (Leis n. 883/49, art. 5º, e 8.560/92, art. 7º).”⁴³

Pelo exposto, percebe-se que, nesse ponto, não há homogeneidade de pensamentos, sendo perfeitamente defensável ambas as correntes.

Entendemos que deve-se levar em conta o caso concreto, em especial a distância entre a citação e o provimento jurisdicional, se a demora foi causada pela parte ré ou pela burocracia, a condição econômica das partes, etc.

41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 239.

42 TJSP – AI 131.802-1. 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Benini Cabral, RT 660/96, j. 23/4/90.

43 TJPR – Acórdão 11098. Apelação. 4ª Câmara Cível. Rel. Juiz Cordeiro Cleve. Origem: Maringá. 1ª Vara de Família. Publicação em 5/2/96.

Em nossa opinião, mais coerente seria a tese de que a obrigação de alimentar só nasce a partir do reconhecimento da paternidade, mas, antes de se consagrar esse entendimento de maneira definitiva, necessário é que o Poder Judiciário se torne mais célere e que existam meios mais eficazes de coibir as atitudes protelatórias por parte do réu na ação de investigação de paternidade; do contrário, o investigador ficará à mercê de sua própria sorte, enquanto anos se consomem no trâmite da ação.

7.4 Da ação de alimentos com prova incidental do nexo paterno-filial

A Constituição Federal de 1988, conforme já mencionado, modificou, de maneira radical, as regras pertinentes à filiação.

Anteriormente, era vedada a pesquisa da paternidade na constância do casamento mantido pelo suposto pai, restando ao filho adulterino apenas a possibilidade de pleitear alimentos em segredo de justiça, demonstrando incidentalmente a filiação (art. 4º da Lei n. 883/49).

A discussão que ora se propõe é se hoje é possível o filho pretender esclarecer a paternidade para fins exclusivamente alimentares. Entendemos que sim, e fazemos nossos os argumentos expostos por Bertoldo Mateus de Oliveira Filho:

“Se ao pai assiste o direito de reconhecer voluntariamente o filho com o objetivo único de percepção de alimentos deste, motivada razão pode levar o filho a retrair-se na revelação da paternidade, como, por exemplo, a circunstância de ser produto do estupro da mãe. A obrigação alimentar, conquanto fundamentada na relação de parentesco, não é condicionada à exposição pública da perfilhação, sendo cometida ao genitor pelo só fato do reconhecimento desta. Nenhuma regra le-

gal exige que o filho, para o exercício do direito aos alimentos, apresente a inscrição do pai no assento de nascimento.”⁴⁴

Considera, ao sustentar dita posição, apenas derogado a parte do art. 4º da Lei n. 883/49, que subordina o registro da paternidade apurada incidentalmente à dissolução da sociedade conjugal do pai, como tal reconhecido na ação.

Coincidente, ainda, a opinião do mestre Caio Mário da Silva Pereira,⁴⁵ e de Orlando Fida e J. B. Torres de Albuquerque.⁴⁶

Nesse sentido, manifestações do TJPR:

“Alimentos – Investigação de paternidade – *Incidenter tantum* – Filho adulterino. Pode o filho adulterino demandar por alimentos o genitor putativo, procedendo à investigação da paternidade *incidenter tantum* no correr do procedimento comum ordinário (CF 227, § 6º), sem os rigores da ação direta”.⁴⁷

“Alimentos – Investigação de paternidade. Se da ação de alimentos em procedimento ordinário resultarem fortes indícios da paternidade invocada, torna-se dispensável a ação autônoma de investigação para o sucesso da pretensão alimentária, ao fim de não ficarem só com a mulher as conseqüências de um ato executado a dois”.⁴⁸

44 OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Op. cit.*, p. 171/172.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 248/249.

46 FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Op. cit.*, p. 49-50.

47 TJP – Apelação Cível n. 22.786-9. 3ª Câmara. Rel. Des. Abrahão Miguel. *PJ* 42/59, j. 25/5/93.

48 TJPR – Apelação Cível n. 19.725. 3ª Câmara. Rel. Des. Nunes do Nascimento. *RT* 693/195, j. 22/9/92.

Concluindo, afirma Pinto Ferreira:

“Assim, a ação de alimentos pode ser proposta antes da ação de investigação de paternidade, então, consoante o sistema da lei, o filho vencedor na ação de alimentos não tem necessidade de propor mais nenhuma ação de investigação de paternidade, visto que a sua vitória na sentença de alimentos já tem como conseqüência natural o próprio reconhecimento da filiação. Os interessados contra o reconhecimento do filho ilegítimo podem, entretanto, propor a negatória da filiação contra tal filho reconhecido.”⁴⁹

Contra esse posicionamento, exigindo a propositura de uma ação de reconhecimento de paternidade, servindo a sentença da ação de alimentos apenas como forte elemento probatório, vem a opinião de Carlos Dayrell,⁵⁰ bem como a de Orlando Fida e J. B. Torres de Albuquerque.⁵¹

Sobre esse assunto, manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

“Ação de alimentos – Limites do pedido e da coisa julgada – CPC, arts. 128 e 469, III. Restringindo o autor seu pedido exclusivamente à pretensão alimentar, o reconhecimento da paternidade constitui questão prejudicial, não compreendido pela coisa julgada. A determinação de que desde logo se proceda as alterações no Registro Civil afronta o art. 128 do CPC. Hipótese em que não incide o disposto no parágrafo único”.⁵²

49 PINTO FERREIRA. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 129.

50 DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 253.

51 FIDAS, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. *Op. cit.*, p. 92-93.

52 STJ – REsp 1643. RJ 89.12526-5. 3ª Turma, j. 13/3/90. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. *RT* 658/204.

8 A SENTENÇA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E SEUS EFEITOS

A sentença que acolhe o pedido investigatório é de natureza declaratória. Pode trazer consigo a obrigação de prestar alimentos, nos termos expostos no item 7. Pode, ainda, ter de tratar da questão da guarda, no caso de o investigante ser menor, caso em que se deverá ter em mente, fundamentalmente, o interesse da criança.

O investigante terá direito ao nome paterno, embora não seja obrigado a usá-lo. Finalmente, reflexo importante quanto ao reconhecimento da paternidade diz respeito ao direito de herança, no caso de falecimento do pai, assim reconhecido pela sentença.

Importante salientar que cada um desses efeitos traz conseqüências importantes para a vida do reconhecido, porém, pela natureza deste trabalho, não entendemos oportuna a análise detida de cada uma dessas situações, o que é feito com maestria pelo ilustre Professor Caio Mário da Silva Pereira.⁵³

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, percebe-se que foram enormes os progressos em relação à ação de investigação de paternidade na década atual.

Porém, não se pode negar que muito há a ser aperfeiçoado nessa área. Assim, a ciência, hoje, ainda não dispõe de recursos para desvendar, a contento, sem a possibilidade de qualquer risco, o mistério da paternidade.

Certo é que as técnicas laboratoriais têm progredido rapidamente nesse sentido. O exame de DNA surpreende com a evolução rápida de seus métodos, cada vez mais eficazes.

53 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 335 p.

Outro problema de essencial importância, focado no item 6.2.1, refere-se à acessibilidade econômica aos métodos científicos.

Enfrentamos, ainda, os resquícios de preconceitos existentes na sociedade em relação aos filhos advindos de relacionamentos não convencionais, embora a lei condene expressamente tal conduta.

Com efeito, ao iniciarmos este trabalho, afirmamos que a equiparação dos filhos em direitos e qualificações acompanhou a evolução da sociedade, que, paulatinamente, vem aceitando relacionamentos não oficiais e, principalmente, entendendo que a filiação é um fenômeno que deve ser visto como fato natural, em que o relacionamento entre os pais deve ser posto "entre parênteses". Assim, o tipo de convivência entre os pais não deve ter qualquer influência sobre a caracterização e tratamento destinado à prole daí advinda pelo Estado ou pela própria sociedade.

Embora a mudança da legislação só tenha ocorrido devido a mudanças de mentalidade da sociedade, capaz, finalmente, de aceitar uma realidade que há muito se impunha, inquestionável que expressões como concubinato, amancebamento, bastardia, filiação espúria, dentre outras, ainda povoem o pensamento do povo brasileiro, extremamente conservador e temente a inovações.

No entanto, ao terminarmos estas breves considerações sobre a ação de investigação de paternidade no Direito brasileiro, registramos aqui nosso otimismo ante aos avanços da legislação, da jurisprudência e da doutrina em relação ao o Direito de Família, evolução para a qual muito contribuiu a progressiva Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

10 BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DAYRELL, Carlos. *Da filiação ilegítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- FELIPE, J. Franklin Alves. *Prática das ações de alimentos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FIDA, Orlando, ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Investigação de paternidade*. Teoria – Formulários – Jurisprudência – Legislação. 5. ed., São Paulo: Editora de Direito, 1996. 458 p.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de paternidade*. 1. ed., São Paulo: LTr, 1997. 263 p.
- MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático da filiação, filiação legítima e ilegítima*. Rio Grande do Sul: Síntese, 1980, v. 1.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 2. ed., Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995. p. 147-248.
- PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de paternidade e união estável*. Leis n. 8560, de 29/12/1992, e 8.971, de 29/12/1994. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. 335 p.
- PINTO FERREIRA. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982.
- SILVA, Tomás Oliveira e. *Filiação – Constituição e extinção do respectivo vínculo*. 1. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1989. 371 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito de família*. Família natural. São Paulo: Leud, 1988.

MEDIDA PROVISÓRIA E TRIBUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Cristiane Palhares Cardoso*

Sumário

1. Introdução. 2. Da medida provisória. 2.1. Breve história das delegações legislativas no constitucionalismo brasileiro. 2.2. Os pressupostos da relevância e urgência. 3. Medida provisória e Direito Tributário. 3.1. O princípio da segurança jurídica. 3.2. A expressão “força de lei”. 3.3. O princípio da legalidade no Direito Tributário. 3.4. Da incompatibilidade entre o regime das medidas provisórias e o princípio da anterioridade tributária. 3.5. Exceções ao princípio da anterioridade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a inadequação da criação e da majoração de tributos por meio do instituto constitucional da medida provisória. Buscamos por este estudo engrossar a linha doutrinária daque-

* Estudante do 8º período de graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

les que acreditam ser absolutamente nefasta a inovação no mundo do Direito Tributário através de um ato normativo do Poder Executivo, qual seja: a medida provisória.

Sabemos que muito se tem discutido acerca desse instrumento normativo que veio habitar a Nova Carta Constitucional de 1988. Como bem diz Paulo de Barros Carvalho,¹ em uma análise política, tentou-se compensar a União pelo desaparecimento do decreto-lei através de outro veículo normativo, inspirado no art. 77 da Constituição italiana de 1947 e ainda vigente.

Diz a Constituição Federal de 1988, em seu art. 62:

“Art.62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Assim, vemos que a medida provisória é ato normativo que emana do Poder Executivo, com força de lei, e que depende, para sua permanência e eficácia no ordenamento vigente, de aprovação do Congresso Nacional. Em princípio, portanto, seria aceitável pensar em medida provisória como fonte primária do Direito Tributário, posto que não há empecilho constitucional aparente para tal. No entanto, se prosseguirmos numa análise mais profun-

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 49.

da e sistemática do texto constitucional perceberemos que sua letra é bastante clara no sentido de que o único meio constitucional de instituição e majoração de tributos é a lei, em sentido estrito.

Ademais, a faculdade dada ao Presidente da República de legislar através de medida provisória é bastante restrita e deve obedecer a certos pressupostos constitucionais que validam sua existência.

Enfim, acreditamos que no Estado Democrático de Direito a separação dos poderes, princípio balizador de fundamental importância nesse sistema político, deve sempre ser observado e respeitado na sua totalidade para que os pilares da democracia permaneçam inabaláveis.

Nesse sentido,

“o estudo das medidas provisórias, principalmente no que tange ao campo do Direito Tributário, tem assumido grandes proporções, posto que a utilização indevida deste instrumento pelo Poder Executivo vem gerando transtornos incontornáveis tanto para a sociedade, quanto para o Poder Judiciário, que, a todo momento, se vê acionado para deliberar sobre sua constitucionalidade”.²

2 DA MEDIDA PROVISÓRIA

Medida provisória, de acordo com o Prof. Carlos Roberto Ramos é

“um ato legislativo praticado pelo Presidente da República (chefe do Poder Executivo), hierarquicamente equiparado à lei formal, suspendendo a eficácia das leis conflitantes, até a apreciação do Poder Legislativo se ratificado, opera-se a revogação da lei conflitante. Ao contrário, se lhes for negada a aprovação, perdem elas, as medidas

2 DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Carthago & Forte, 1992, p. 14.

provisórias, a eficácia desde o início, retornando a vigência da lei anterior, que teve suspensa sua eficácia”.³

Em suma, “a medida provisória é ato normativo governamental provisório, com categoria e força de lei”.⁴

Assim, podemos notar que a medida provisória constitui um ato excepcional e extraordinário, posto que, ainda que momentaneamente, apresenta-se como uma efetiva contradição ao princípio constitucional da separação dos poderes, inquestionavelmente sacramentado em nosso sistema de governo presidencialista. Por esse motivo e por ter conhecimento dos conflitos do nosso cenário político nacional, quis o legislador constituinte evitar que esse ato normativo do Executivo se tornasse prática legiferante ordinária, e o fez com base em quatro pontos, como bem acentuam os Professores Rosenice Deslandes e Alexandre Barros de Castro:

1. o Congresso Nacional, mesmo que em recesso, deve ser convocado extraordinariamente no prazo máximo de cinco dias para que possa apreciar a medida;

2. estabeleceu a perda da eficácia *ex tunc* da medida, isto é, caso ela não seja convertida em lei no prazo de trinta dias, seus efeitos são perdidos desde a sua edição;

3. permite o controle jurisdicional de constitucionalidade da medida por parte do Poder Judiciário;

4. e por último, mas não menos importante, a Constituição estabeleceu os pressupostos da relevância e da urgência para que edição da medida seja legítima.

3 RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 54-57.

4 *Ibidem*, p 54-57.

Por exercerem papel fundamental na legitimação das medidas provisórias, analisaremos posteriormente tais pressupostos.⁵

Por fim, lembraremos ainda as providenciais palavras dos supracitados professores: “As medidas provisórias são antecipação cautelar, de caráter provisório e necessário, de providências legiferantes, possuindo vigência e eficácia imediatas, sem que isso venha a acarretar, no entanto, a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis.”⁶

2.1 Breve história das delegações legislativas no constitucionalismo brasileiro

Depois de delimitada a natureza jurídica das medidas provisórias, mister se faz analisar a origem deste instituto, bem como sua aparição e desenvolvimento no Direito Constitucional brasileiro.

Parece-nos pacífico que suas raízes encontram-se arraigadas na Itália, cuja Constituição, em seu art. 77, §§ 1º e 2º, prevê o *Provvedimenti Provvisori con forza di legge*. Este instituto do Direito Italiano é cercado de plena garantia, mediante uma rígida disciplina constitucional, que o trata com extrema cautela de modo a evitar abusos do Poder Executivo.⁷

No Brasil, o decreto-lei surgiu com a Constituição de 10 de novembro de 1937. Pela própria conjuntura histórica do País, qual seja, aquela representada pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, houve uma abusiva utilização deste instituto, a ponto de sermos alertados pelos constitucionalistas da época de que o Estado não era dirigido por aquela Carta, e sim pela parte que previa a outorga de poderes excepcionais ao Presidente da República.

5 *Op. cit.*, p. 29-30.

6 *Ibidem*, p. 30.

7 Cf. RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

Na Constituição de 1946 o referido instrumento normativo não se encontrava presente, sendo a delegação de atribuições de um poder a outro novamente vedada (art. 35, § 2º).⁸

Durante o regime ditatorial militar, o Ato Institucional n. 2, de 1965, trouxe de volta o decreto-lei, que veio reeditado em seus arts. 30 e 31, parágrafo único.

Na Constituição de 1967 estava previsto, novamente, o decreto-lei, caracterizado pela urgência e pelo interesse público relevante. Nestes casos, o Presidente de República, se não resultasse em aumento de despesas, poderia expedir decretos com força de lei em matéria de segurança nacional e finanças públicas. Dependia da aprovação do Congresso: se não o apreciasse em sessenta dias, considerava-se aprovado pelo decurso de prazo.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, manteve o decreto-lei, acrescentando ao inciso II do art. 55 a seguinte expressão: *inclusive normas tributárias*. Nesse período a rejeição do decreto não implicaria a nulidade dos atos praticados durante sua vigência.⁹

Finalmente, a Constituição de 5 de outubro de 1988 trouxe-nos a figura normativa da medida provisória, localizada na competência privativa do Presidente da República. Como já traçado anteriormente, este instrumento apresenta características bastante diversas do decreto-lei e encontra-se positivamente regulado no art. 62 da presente Carta.

2.2 Os pressupostos da relevância e urgência

De acordo com o art. 62 da Constituição de 1988, como já ressaltado anteriormente, para que seja legítima a edição da medida provisória é necessário que se satisfaçam os pressupostos da relevância da matéria e da urgência de sua positivação.

8 Cf. CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 581.

9 *Op. cit.*, p. 25.

Assim, pelo que nos ensina Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, entende-se por *relevante* aquilo que é saliente, proeminente, importante e preeminente. De modo que, “matéria relevante, seja de fato ou de direito, é a que se apresenta em toda exuberância, em toda evidência, para ser acatada ou apreciada como justificativa do pedido, da pretensão, ou da proteção ao direito”.¹⁰

Urgente é aquilo que urge, que deve ser feito com rapidez; iminente. “Juridicamente, a justificativa da urgência provém, invariavelmente, não somente da necessidade de feitura das coisas, como do receio, ou do temor, de que qualquer demora, ou tardança possa trazer prejuízos.”¹¹

Depois de esclarecido o que se deva entender pela interpretação dos vocábulos *relevância* e *urgência*, presentes no art. 62 da Constituição, resta-nos avaliar a aplicação desses conceitos no mundo do Direito Tributário, ou seja, cabe-nos agora a análise do porquê julgamos inadequada a utilização da medida provisória na criação e majoração de tributos.

3 MEDIDA PROVISÓRIA E DIREITO TRIBUTÁRIO

Até o presente momento preocupamo-nos em tentar delimitar a natureza jurídica do ato normativo governamental denominado medida provisória. Tentamos traçar seu perfil, suas principais características e pressupostos, além de sua natureza enquanto ato normativo, com força de lei, proveniente do Poder Executivo e, mais precisamente, do arbítrio do Presidente da República.

Doravante, deter-nos-emos em tentar desenvolver as razões que nos levam a entender esse instituto ora explicitado como absolutamente inadequado no campo da instituição e majoração de tributos. Passaremos agora à

10 DESLANDES, Rosnice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Carthago & Forte, 1992, p. 32.

11 *Op. cit.*, p. 32.

análise dos motivos que nos fazem acreditar que a medida provisória é instrumento normativo não habilitado para instituir novos tributos, ou mesmo aumentar ou diminuir as alíquotas e bases de cálculo daqueles já existentes.

Apesar de o legislador constituinte não ter-se atentado em limitar a matéria alcançada pelo regime das medidas provisórias, acreditamos que sua veiculação à área tributária seria um caminho impossível, indo ferir os princípios constitucionais. Desse modo, encontramos várias razões que nos permitem dizer que o regime de medidas provisórias do art. 62 da Constituição Federal é meio impróprio tratando-se de matéria tributária, dentre as quais:

1. A edição de medida provisória em matéria tributária vai contra o princípio constitucional maior representado pela segurança jurídica.

2. A expressão “força de lei”, característica intrínseca da medida provisória, não dá a esta o *status* de lei propriamente dita.

3. A instituição e a majoração de tributos, de acordo com a Constituição Federal, são legítimas apenas quando realizadas através da lei, em sentido estrito (princípio da legalidade).

4. O regime das medidas provisórias é completamente incompatível com o princípio da anterioridade da lei tributária, consagrado em nossa Carta Magna.

5. Mesmo os tributos que se comportam como exceção ao princípio da anterioridade encontram regulamentação própria na Constituição Federal.

Pela importância incomensurável de todos esses argumentos, julgamos absolutamente necessário que sejam tratados separadamente, a fim de que se possa compreendê-los da melhor forma possível. Assim, seguimos nesse sentido.

3.1 O princípio da segurança jurídica

Um princípio tributário é uma norma balizadora, capaz de equacionar e equilibrar todo o sistema jurídico tributário, ou seja, é o alicerce nuclear

de todo o sistema, disposição fundamental que sustenta todo conjunto normativo, dando-lhe os critérios que lhe conferem harmonia.

Como bem nos lembra o Prof. Sidney Souza Cruz, em brilhante citação do insigne mestre Geraldo Ataliba, “os princípios são a chave e a essência de todo Direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos”.¹²

Nesse sentido, temos o princípio da segurança jurídica, que declara serem a igualdade e a certeza fundamentais à obtenção da segurança necessária a todo cidadão que vive sob as regras de um determinado ordenamento. Isto é, por ser o direito a imputação de efeitos a determinados fatos do mundo do ser, é necessário que as pessoas tenham elementos para conhecer, de antemão, quais serão as conseqüências jurídicas de cada ato que praticarem.¹³

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da segurança jurídica é considerado um supraprincípio que se desdobra em três outros, positivamente regulamentados em nossa Lei Maior, que são representados pela legalidade, pela anterioridade e pela irretroatividade da lei tributária.

Dessa forma, espera-se que todo fato gerador de tributo, ou melhor dizendo, todo fato considerado como gerador de tributos pela Fazenda Pública, deve encontrar respaldo numa lei ordinária. E mais: essa lei ordinária deve ainda gerar os mesmos efeitos para todos aqueles cidadãos que se encontrarem em igualdade de condições.

Só assim os contribuintes encontrarão segurança no mundo jurídico no que concerne à tributação, de modo que poderão prever com precisão suas obrigações e direitos referentes ao ramo tributário. Como bem nos

12 CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e medida provisória *Cadernos de Direito Tributário* n. 54, p. 24.

13 Cf. DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Op. cit.*, p. 35.

ensina o Prof. Sacha Calmon Navarro Coêlho, “o que a tributação exige é planejamento prévio, não-surpresa e duração das regras”.¹⁴

Diante do exposto, resta-nos apenas concluir que a medida provisória é ato normativo incompatível com o princípio da segurança jurídica. Já que seus efeitos são produzidos no mundo do direito desde o dia de sua publicação e, portanto, antes mesmo de ser convertida em lei, fica impossível ao contribuinte ter conhecimento prévio das obrigações e dos direitos advindos de uma medida provisória. Lembramos ainda as palavras de Paulo de Barros Carvalho, em que ele faz referência ao tempo em que a medida vigora sem que o Poder Legislativo a tenha apreciado:

“Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão [...] expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhe são fundamentais, expressamente garantidos na Carta Básica [...]. Não se compagina também com a magnitude semântica que o termo ‘tributo’ ostenta nos dias atuais”.¹⁵

3.2 A expressão “força de lei”

Voltando ao art. 62 da Constituição Federal, perceberemos claramente, pela sua simples leitura, a existência da expressão “com força de lei” designando a natureza jurídica da medida provisória. Se o legislador preocupou-se em atribuir, positivamente, esta força de lei às medidas provisórias, quis ele, tão-somente, mostrar-nos que este instrumento normativo não é lei. Apenas apresenta-se com força de lei até que seja apreciado e aprovado pelo Congresso Nacional. Isso não quer dizer que sua natureza se confunda com a natureza de lei ordinária. Senão vejamos.

14 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 311.

15 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 57.

A eficácia de uma norma jurídica é dada pela sua capacidade de produzir efeitos no mundo do Direito. Nesse sentido, uma lei ordinária é eficaz desde o momento de sua publicação, isto é, desde o início de sua vigência, a menos que haja, nela própria, alguma disposição em contrário. Isto quer dizer que uma lei ordinária eficaz tem o poder de revogar, desde o início de sua vigência, todas as disposições normativas que se encontrem com ela antinômicas, desde que sejam de grau igual ou inferior ao seu. Esses efeitos são absolutos.¹⁶

Com as medidas provisórias o mesmo não ocorre, já que sua natureza difere da lei ordinária, seus efeitos serão absolutos e plenamente eficazes apenas quando de sua apreciação e aprovação no Congresso Nacional. Antes disso, seus efeitos apenas suspendem a eficácia daquelas normas que se encontram em choque com suas disposições. Caso a medida provisória seja rejeitada pelo Parlamento, as normas que se encontravam com sua eficácia suspensa por motivo de contradição no ordenamento voltam a produzir os mesmos efeitos de antes.

Outro ponto que deixa bastante clara a diferença entre a lei e a medida provisória é o processo de elaboração de ambas. Sabemos que a lei é produto da ação do Poder Legislativo, apresentando como principais características a generalidade, a urgência incondicional, a eficácia imediata, a plenitude qualitativa e a imediata inclusão no sistema jurídico, independentemente de qualquer condição ou termo.¹⁷ O processo de elaboração de uma lei inicia-se no Poder Legislativo e culmina com a sanção do Presidente da República.

A medida provisória, por sua vez, apresenta o processo inverso de elaboração, ou seja, sua vida se inicia por força de um ato do Poder Executivo, para só então passar pelo crivo do Congresso Nacional.

16 Cf. DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Op. cit.*, p. 43.

17 *Op. cit.*, p. 45.

Além disso, sabemos que as medidas provisórias devem obedecer a certos pressupostos que legitimam sua criação, ao passo que a lei possui seus pressupostos entregues à discricionariedade do Poder Legislativo.

Não podemos nos esquecer também de que a medida provisória representa casos excepcionais, constituindo-se exceção à regra geral de normatização representada pela lei, advinda do Legislativo.

Assim, podemos dizer com absoluto rigor técnico e científico que medida provisória não é lei.¹⁸ Como veremos a seguir, portanto, torna-se instrumento absolutamente impróprio, de acordo com o princípio da legalidade, para instituir ou majorar tributo.

3.3 O princípio da legalidade no Direito Tributário

O princípio da legalidade é uma garantia constitucional de todo cidadão perante seus direitos fundamentais. Encontra-se positivamente regulamentado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

Daí, podemos perceber então que somente a lei poderá criar obrigações e direitos para os cidadãos, ou seja, com base nesse princípio que se encontra normado sob o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – da Lei Suprema, somente a lei é veículo normativo adequado à criação de direitos e deveres.

No mundo do Direito Tributário sabemos que o pagamento de um tributo representa o cumprimento de uma obrigação do contribuinte para

18 A Prof. Misabel Derzi, em brilhante nota de atualização do livro do Prof. Aliomar Baleeiro, afirma: “E, exatamente porque não são lei, fenômeno que somente ocorrerá quando completado o procedimento legislativo, com a ratificação congressual, é que a Constituição Federal atribui às medidas provisórias força e eficácia imediatas como se lei fossem.” (BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Atual. por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 82).

com a Fazenda Pública, desencadeada pela realização de um fato correspondente à hipótese de incidência tributária da norma. Assim, entendendo o tributo como a obrigação que é, vemos que a única forma de instituí-lo, se tomarmos por base o princípio da legalidade, é através da lei.

É nesse sentido que podemos observar o quão destemido se nos apresentou o legislador constituinte ao reiterar, sob o Título IV – Da Tributação e do Orçamento – da mesma Carta, a necessidade do cumprimento deste princípio quando da instituição e majoração de tributos. Basta apenas que observemos o art. 150, inciso I: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Mesmo em situações de extrema urgência e relevância que, em tese, justificariam a edição de medida provisória em matéria de tributação, a Constituição é clara no sentido de que somente a lei, em sentido estrito, é instrumento hábil à instituição e majoração de tributos. A Profª. Misabel Derzi nos demonstra a obrigatoriedade do uso do princípio da legalidade de forma irrefutável:

“Os empréstimos compulsórios somente podem ser veiculados por lei complementar, descabendo, quer na hipótese do inc. I do art. 148, quer naquela do inc. II do mesmo dispositivo, a edição de medidas provisórias. O *caput* do art. 148, a todas as circunstâncias ou necessidades, que justificarem ou fundamentarem a criação dos empréstimos compulsórios, impõem a edição da lei complementar. Note-se que inciso I do art. 148 refere-se a razões relevantíssimas e urgentíssimas como a guerra e calamidade pública. E, fato notável, diante de rupturas conjuntoriais de tamanha gravidade, a Constituição não dispensa a lei complementar como único instrumento normativo adequado, limitando-se a desobrigar do princípio da anterioridade!”¹⁹

19 DERZI, Misabel Abreu Machado. Sistema tributário na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*, n. 47, p. 175.

Diante disso, torna-se quase que indispensável dizer que a medida provisória não pode ser meio adequado à instituição e majoração de tributos, posto que não é lei, nem com ela se confunde, como já demonstramos.

3.4 Da incompatibilidade entre o regime das medidas provisórias e o princípio da anterioridade tributária

O princípio da anterioridade, assim como o da legalidade e o da irretroatividade, comportam-se como desdobramentos de um supraprincípio constitucional conhecido por segurança jurídica. Assim, a anterioridade da lei tributária é uma das garantias do contribuinte de que ele não será surpreendido pelo Fisco, bem como de que ele terá pleno conhecimento prévio de suas obrigações e seus deveres para com a Fazenda Pública. Daí percebermos o quão importante se nos apresenta tal corolário do sistema tributário constitucional, positivado em nossa Magna Carta:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
III – Cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.”

É de se notar, portanto, que o princípio acima citado termina por adiar a eficácia da lei tributária, admitindo que seus efeitos sejam produzidos apenas no exercício financeiro subsequente àquele em que fora criada a lei. Este princípio é válido não somente para aquela lei que cria tributo novo, mas também para aquela que majora os tributos já existentes. Logo, de acordo com o princípio da anterioridade, uma lei fiscal editada num determinado exercício financeiro tem, automaticamente, sua eficácia adiada para o exercício financeiro seguinte.

Ora, como já ressaltamos, o regime das medidas provisórias acaba por conceder-lhes eficácia antes mesmo deste ato normativo se tornar lei; ou seja, em razão de sua relevância e urgência, as medidas provisórias produzem os efeitos desejados desde a sua publicação.

Indubitavelmente, estamos diante de duas realidades inteiramente incompatíveis: de um lado, o princípio da anterioridade, que adia a eficácia das leis tributárias para o exercício financeiro subsequente à sua publicação; de outro, as medidas provisórias que, em razão de sua relevância e urgência (pressupostos constitucionais que legitimam sua criação), têm seus efeitos produzidos antes de serem apreciadas e aprovadas pelo Poder Legislativo.

Fica claro, mais uma vez, que medida provisória é um meio normativo absolutamente inadequado à instituição e à majoração de tributos.

Nesse sentido é valiosíssima a contribuição da Prof^a. Misabel Abreu Machado Derzi:

“Movimentos contraditórios, diametralmente opostos, surgem límpidos e indiscutíveis da Constituição. Medidas provisórias, convertidas em lei, são lei que goza de eficácia antecipada à própria existência e, claro, à publicação. Lei ordinária ou complementar, instituidora ou majoradora de tributos, embora aprovada pelo Poder Legislativo, sancionada e publicada, tem sua eficácia e aplicabilidade automaticamente adiadas.

Assim as lei ordinárias ou complementares, que instituem ou majoram tributos, têm a eficácia e aplicabilidade adiadas por força do princípio da anterioridade. Medidas provisórias, em razão da relevância e da urgência, têm necessariamente sua eficácia e aplicabilidade antecipadas à existência da lei em que se hão de converter, por imperativo constitucional.”²⁰

20 BALEEIRO, Aliomar. Atual. por Misabel Derzi. *Op. cit.*, p. 82.

3.5 Exceções ao princípio da anterioridade

A anterioridade tributária e o regime de medidas provisórias são duas realidades constitucionais completamente incompatíveis e que de maneira alguma podem encontrar algum tipo de interseção comum, se quisermos conservar os pressupostos constitucionais de ambos. Não obstante, sabemos que este mesmo princípio constitucional tributário comporta algumas exceções abertamente tratadas no próprio texto de nossa Lei Maior.

Poderíamos, pois, pensar em medidas provisórias regulando matéria tributária que se comportasse como exceção ao princípio da anterioridade? Entendemos que não. Sabemos que as exceções a esse princípio encontram-se devidamente reguladas pela própria Constituição, que determina, positivamente, que tipo de tributo poderá se eximir de obedecer a um fundamento balizador do sistema tributário nacional. Portanto, entende-se que a própria Carta Básica encarregou-se de determinar o que é urgente e relevante em matéria tributária, de modo que não cabe a utilização de medida provisória em nenhum dos casos excepcionais que foram especificamente tratados em regime peculiar pela Constituição Federal.

Passamos agora a examiná-los:

• No art. 150, § 1º, da Constituição Federal, estão previstas algumas exceções ao princípio da anterioridade e que se referem à possibilidade de o Poder Executivo alterar as alíquotas de alguns impostos, quais sejam: os impostos incidentes sobre importação e exportação, sobre produtos industrializados e sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (art. 153, I, II, IV e V). Esses quatro impostos podem ter suas alíquotas alteradas pelo Presidente da República, dentro dos limites da lei, sem que, para isso, seja necessário o aval do Poder Legislativo, isto é, ao Executivo é dada a faculdade de alterar as alíquotas dos impostos supracitados, nos limites legais, sem que este ato necessite da apreciação do Poder Legislativo (art. 153, § 1º). Seria descabido, portanto, pen-

sar em medida provisória como veículo normativo adequado a esse procedimento.

• Outra exceção diz respeito aos empréstimos compulsórios, instituídos para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência. Podemos dizer que esses são casos de extrema relevância e urgência, mas que ainda assim não encontram nas medidas provisórias veículo normativo adequado à sua instituição, posto que o art. 148 da Constituição Federal exige lei complementar para criação de qualquer espécie de empréstimo compulsório.

Como acentua Roque Antônio Carrazza, “os empréstimos compulsórios (todos eles), tanto quanto os impostos de competência residual da União (art. 154, I, da CF), só podem ser instituídos ou aumentados por meio de lei complementar. A lei complementar é o único instrumento adequado para regular o assunto”.²¹

• Os impostos extraordinários (art. 154, II) e as contribuições sociais, para o custeio da seguridade social, previstas no art. 195, também se comportam como exceções ao princípio da anterioridade.

• No caso dos impostos extraordinários, criados na iminência ou no caso de guerra externa, a Constituição concedeu ao Presidente da República um instrumento muito mais eficiente do que as medidas provisórias para cuidar deles: a decretação do estado de sítio.²² Não teria, portanto, sentido a criação de impostos extraordinários através de medidas provisórias, já que a Constituição, em seu art. 137, prevê a decretação do estado de sítio que pode vir acompanhada da criação desses impostos.

• No caso das contribuições sociais é ainda mais evidente a inadequação do uso de medidas provisórias. É certo que esse tipo de tributo não requer obediência à anterioridade, como já foi dito acima. No entanto, as contribuições sociais obedecem ao princípio da garantia nonagesimal, que prevê o período de noventa dias entre a publicação da lei e o início de sua

22 Cf. CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 180.

eficácia. Portanto, podendo-se esperar por noventa dias até que a lei que instituiu uma contribuição social comece a produzir efeitos, não há que se falar em urgência, própria das medidas provisórias.

Dessa forma, fica assim provada a total impropriedade do instituto das medidas provisórias para legislar sobre matéria tributária.

4 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho tentamos, como é de fácil averiguação, provar a total inadequação do uso da medida provisória na instituição e na majoração de tributos.

Procuramos nos fundamentar em sólidos argumentos, capazes de conscientizar, através de uma análise sistêmica do texto constitucional, aqueles que ainda acreditam ser possível utilizar tal instrumento normativo em matéria de Direito Tributário. No entanto, apesar de termos nos fundado na opinião da maioria dos estudiosos do Direito Tributário, temos certeza de que a doutrina não é unânime no sentido de entender a medida provisória como imprópria à instituição e à majoração de tributos.

Entendemos, pois, ser de relevante interesse para o amadurecimento deste trabalho gravarmos a opinião da parte dissonante da doutrina que se fundamenta em dois principais argumentos: **a)** de acordo com o texto do art. 62, que estabelece a inclusão das medidas provisórias nos atos normativos exclusivos do Presidente da República, não há nenhuma restrição expressa ao uso da medida provisória em matéria tributária, tampouco apresenta nossa Carta Básica qualquer restrição expressa ao uso de medidas provisórias no que tange às limitações constitucionais ao poder de tributar; **b)** acreditam esses doutrinadores tratar-se de lei, sob condição resolutiva, o instrumento normativo da medida provisória, sendo, portanto, meio eficaz para instituir e majorar tributos.

Entendemos, não obstante, que

“a inexistência de consentimento expresso, no art. 62 da Constituição Federal, para veiculação de normas tributárias por meio de medidas provisórias, longe de aumentar a discricionariedade de Poder Executivo ou Legislativo na questão, restringe-a drasticamente, porque não abre brecha alguma no regime peculiar a que a Constituição submete os tributos”.²³

Ademais, como bem nos ensina o saudoso mestre Geraldo Ataliba, uma interpretação científica da Constituição deve ser abrangente e sistemática, ou seja, inspirada pelos princípios máximos do sistema constitucional.

Quanto a visualizar a medida provisória como lei, entendemos estar o tema bastante explicitado e discutido nas páginas anteriores.

Como percebemos, as bases em que se apóiam os que defendem a medida provisória como meio adequado à instituição e majoração de tributos são bastante frágeis, não resistindo a uma interpretação rigorosa e sistemática da nossa Lei Maior.

Sendo assim, resta-nos apenas concluir, reiterando nossa postura contrária à utilização do instituto constitucional da medida provisória para instituir ou majorar qualquer tipo de tributo conhecido e aceito pelo nosso sistema constitucional tributário.

5 BIBLIOGRAFIA

ALVES, Anna Emília Cordelli. Segurança jurídica e medidas provisórias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67.

23 BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.*, p. 79.

- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Atual. por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: A anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1996.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e medida provisória. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 54.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Sistema tributário na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 47.
- DESLANDES, Rosénice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Carthago & Forte, 1992.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VILLEGAS, Hector B. Princípio da seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo. *Cadernos de Direito Tributário*. São Paulo, n. 66.

O EMBRIÃO HUMANO E O DIREITO

Daniela Rezende de Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. A pessoa e a personalidade jurídica ao longo da história. 3. Teorias sobre a personalidade jurídica do nascituro. 3.1 Teoria concepcionista. 3.2 Teoria desenvolvimentista. 3.3 Teoria Natalista. 4. A personalidade jurídica do nascituro no Direito Civil brasileiro. 5. Direito subjetivo e expectativa de direito. 6. O nascituro e o direito à vida. 7. O estatuto do embrião. 8. conclusão. 9. Referências bibliográficas.

I INTRODUÇÃO

Pessoa é todo ente ao qual se atribuem direitos e deveres jurídicos. Sendo assim, concluímos que toda pessoa possui personalidade, já que a esta “exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.”¹ Embora seja o conceito de personalidade jurídica algo quase absoluto, dúvidas existem acerca deste tema em toda a doutrina, pois muito se indaga a respeito do momento em que o indivíduo a adquire: se a partir do o nascimento (como quer a Teoria Natalista) ou desde a concepção (como quer a Teoria Concepcionista).

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 141.