

A dispensa da atuação do advogado em causas simples, como algumas conversões de separação em divórcio, deve ser discutida. Assim, também, a compatibilidade entre a defesa dos interesses difusos e a atuação política do Ministério Público deve ser analisada a fundo, sem preconceitos.

O Juízo arbitral deve ser incentivado a merecer tratamento legislativo que o torne boa opção de composição de conflitos de interesses, inclusive com inexistência de recursos.

A conciliação pode ser retomada nas causas pendentes de julgamento na 2ª instância, como forma de descongestionar os Tribunais.

O número de Julgadores em segundo grau de jurisdição pode ser reduzido. Atualmente, a decisão de primeiro grau não tem nenhum peso na decisão da segunda instância, sendo novamente a matéria totalmente revista em uma Câmara, por três Julgadores. Se a decisão de primeiro grau fosse levada em consideração, em igualdade com os votos dos Juízes da segunda instância, eventual reforma pelo Relator tornaria o Revisor desempataador e não haveria terceiro Juiz de segunda instância. A confirmação pelo Relator poderia dispensar o exame do Revisor. Certamente as consequências seriam positivas para a uniformização da jurisprudência e o não-agigantamento dos Tribunais. A propósito, apenas o Código de Processo Civil contém dispositivo que faz referência ao número de Julgadores em segundo grau de jurisdição.

O direito da população à divulgação e informação sobre suas garantias e sobre a atuação do Poder Judiciário precisa ser respeitado. O Juiz deve atender à imprensa e comunicar-se com o cidadão, pois o clima opressor implica negação do serviço.

A Justiça Militar com fixação de competência ampla pode ser fonte de privilégios e precisa ser repensada, assim como a competência da Justiça Federal.

As possibilidades acima levantadas dependem, algumas, de alterações legislativas; e outras, da simples disposição do Juiz de buscar a aplicação da Justiça substantiva, de encontrar a verdade real através do processo e de identificar a dimensão social, coletiva das demandas, tendo a todo momento em seu espírito a certeza de que apenas a realização das determinações da Constituição Federal poderá assegurar o Estado de Direito Democrático e, com ele, a legitimidade do Poder Judiciário.

Palestra feita no 53º Encontro Regional de Estudos Jurídicos, promovido pela Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", do TJMG, e pela Escola Paulista de Magistratura (Poços de Caldas, 11 e 12/09/92).

Doutrina

Os alimentos e a prova da paternidade na atual Constituição Federal

Marcelo Guimarães Rodrigues

Juiz de Direito e Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

Nas ações investigatórias de paternidade, estabelece a Lei de 1949 (nº 883, art. 5º), não há alimentos provisionais a não ser depois da sentença que reconhece o parentesco.

A excepcionalidade com que os admite a lei explica os cuidados e reservas tomados pelo legislador da época, certamente compatíveis com o estágio de desenvolvimento jurídico, social e científico então em vigor.

Apenas mediante prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação justificadora da prestação, poderia o Juiz conceder os alimentos provisionais. É o que se vê, por exemplo, estampado nos arts. 2º e 4º da ação de alimentos (Lei nº 5.478/68).

Tal se explica, anotam os processualistas, diante da natureza jurídica de decisão satisfativa e não preventiva, ostentada, singularmente, pela medida cautelar dos alimentos provisionais.

Recentemente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quarta Turma, Relator Min. Barros Monteiro, pelo efeito retroativo da pensão alimentícia desde a citação, em ação de alimentos cumulada com investigatória de paternidade, por força do disposto no art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos, acima mencionada.

Argumentou em seu voto o em. Relator que a mesma solução vem sendo adotada pelo TJSP: "A circunstância de se cuidar de pedido de alimentos sem prova pré-constituída da relação de parentesco não opera o efeito de dilatar a exigibilidade da pensão para a data de trânsito em julgado da sentença. Apenas impede a concessão inicial de alimentos provisionais, ou a fixação de alimentos provisórios. E em relação aos provisionais é que atua a regra do art. 5º da Lei nº 883, ao dispor que "terá o autor direito a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso". A possibilidade de concessão de alimentos provisionais, a partir da sentença de primeiro grau, favorável ao investigante, criada pela Lei nº 883, coexistir com a regra de que os alimentos, uma vez concedidos, retroagem à data da citação inicial. A lei questionada não impõe um termo inicial para os alimentos definitivamente fixados: facultou ao investigante pleitear o benefício que, concedido *pendente lite*, pode

eventualmente cessar com a decisão final da causa (RJTJESP, v. 90, p. 50, Rel. Des. Aniceto Aliende)" (1).

Dúvida não há acerca do considerável avanço que representa tal interpretação. Respeitável corrente jurisprudencial vinha aplicando por analogia o art. 5º, da Lei nº 883/49, mesmo em se tratando de pensão alimentícia e não de alimentos provisionais, a respeito do termo *a quo* de sua incidência.

O mundo sofreu alterações significativas nas últimas décadas. A sociedade caminhou, nestes quarenta anos, para direções antes inimagináveis. A evolução, como ordem natural das coisas, aconteceu em todos os campos da atividade humana. O direito, como instrumento democrático de garantia da paz social, não pode ficar inerte, sob pena de fossilização, inviabilizando-se para o fim maior a que se destina. Deve, antes de tudo, acompanhar e refletir o desenvolvimento do meio social.

O Judiciário desempenha papel dos mais relevantes neste contexto.

Segundo o precioso ensinamento do Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "É o Poder Judiciário, via de regra, muito mais humano que legislador, e, no seu contato diuturno com o direito em sua função dinâmica, vai temperando os rigores com que se veste o organismo legislativo, aparando as arestas da lei" (2).

Colhe-se da decisão do STJ acima transcrita, neste íterim, a necessidade imperiosa de conceder interpretação teleológica à lei, especialmente quando a mesma reflete em seu texto anseios não compatíveis com o estágio atual de desenvolvimento da sociedade moderna.

Sem embargo dos doutos entendimentos em contrário, ousado, modestamente, admitir a possibilidade, ainda que circunscrita a casos restritos, da concessão de alimentos provisionais em ação de pesquisa paterna, antes da sentença ou mesmo, mediante despacho liminar, presentes os requisitos da aparência do direito e do perigo de mora. Independentemente, claro, da natureza da filiação.

Partindo-se da realidade inegável, pois via de regra a fome não espera, será juridicamente mais razoável suportar a remota possibilidade de se condenar injustamente alguém, ainda que, provisoriamente, a prestar alimentos, do que se assistir, impassível, à deteriorização ou mesmo à morte do bem jurídico maior tutelado, o direito à vida, durante o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual, quase sempre morosa.

Ressalte-se, contudo, face aos recentes avanços científicos, através dos códigos genéticos do DNA ou ADN - Ácido Desoxirribonucleico, a viabilidade, na maioria dos casos, da feitura de exames de determinação de paternidade com índice de acerto de 99,9999%, reduzindo-se em muito as chances de uma injusta condenação à prestação de alimentos.

Temos que o dever de alimentar é, antes de tudo, moral, imposto pela lei ao sancionar uma obrigação natural.

(1) RESP Nº 6.583 - SP, de 9/9/91; em ADV-COAD, nº 4/92, p. 60.

(2) Pereira, Caio Mário da Silva, em Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos, 2ª ed., p. 272, Rio de Janeiro-RJ, Forense, 1991.

A nossa Constituição de 1988 exhibe, sobre a questão familiar, inequívocas demonstrações da evolução que o nosso direito vem seguindo sobre a matéria. Apenas para citarmos, tratou ela, em boa hora, de igualar todos os filhos, sejam havidos ou não do casamento, reconhecendo também a chamada entidade familiar para efeito da proteção do Estado (arts. 226, § 4º, e 227, § 6º), ao passo que a Lei nº 7.841/89, via de consequência, revogou o art. 358, do Código Civil.

Não de outra forma, à luz do direito comparado, é o entendimento liberal que vem predominando em vários outros sistemas legislativos.

Na França, com o advento das Leis de 1970 e 1972, ficou estabelecida a regra da igualdade entre todos os filhos, qualquer que seja a origem do nascimento. Antes, em 1969, abriu o direito inglês novos horizontes aos filhos ilegítimos através da *Family Law Reform Act*. A Constituição italiana, a Lei alemã e o novo Código Civil holandês perfilharam também avanços de monta. Sobre tudo no direito soviético, já se previa, em 1927, a equiparação das uniões "mais ou menos efetivas" entre o homem e a mulher ao casamento formalmente registrado. Os mesmos direitos eram atribuídos aos filhos havidos ou não do casamento, abrindo-se ensejo, sem restrições, à investigação da paternidade (3).

Entre nós, comentando o art. 5º, Lei nº 883/49, assevera o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA sobre a existência de "dúvida se os alimentos provisórios têm cabida *in initio litis*. A hermenêutica rigidamente gramatical responde que, em face do art. 5º, descabem ainda mesmo no caso de haver ação investigatória em curso, pois a disposição somente os autoriza na hipótese de ser favorável a sentença de primeira instância".

Contudo, adverte o Mestre com a percuciência que lhe é peculiar não ser "admissível que o filho se exponha a sofrer à míngua de recursos indispensáveis à subsistência, até que os trâmites processuais encerrem a primeira fase da ação. Se ao Juiz parecerem razoáveis os fundamentos desta, e houver indícios da paternidade investigada, deve concedê-los provisoriamente na pendência ou mesmo no início da lide. A jurisprudência - frisa - a seu termo - autoriza esta conclusão" (4).

O Juiz, notadamente o de primeiro grau, tem a responsabilidade de inovar o direito, visando a interpretação da Lei de acordo com o fim social a que se destina, emprestando-lhe conteúdo sociológico, atento às exigências do bem-comum.

No dizer do então Desemb. e Hoje Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, "A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável *DE PAGE*. O Juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam/se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilidade ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o Juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades so-

(3) Ráo, Vicente, em Direito de Família dos Soviéticos, p. 132 e seguintes, São Paulo-SP, Companhia Editora Nacional, 1931.

(4) Pereira, Caio Mário da Silva, em ob. cit., p. 277.

ciais que elas visam disciplinar, como ainda as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil".

"Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortina a atualização da lei (COUTURE) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recasens Siches)" (5).

Decorre o Direito Alimentar de uma obrigação, seja legal, seja contratual. Aquela possui disciplina jurídica específica que lhe confere o Direito de Família, sendo a que nos interessa neste modesto estudo. Advém da relação de parentesco, civil ou consanguíneo. No aguardo da evidenciação jurídica da relação de parentesco, nem por isso o filho será estranho ao pai, tanto que o ato declaratório do reconhecimento, comum às ações de estado, em todos os seus efeitos, retorna ao passado, abrangendo o tempo que decorreu desde o nascimento até a concepção, se para beneficiar o filho. É a doutrina dominante também na França e na Itália, conforme advertem PLANIOL, RIPERT e ROUAST (6).

Dentro do novo contexto não há mais que se valer de distinções apriorísticas e discriminatórias acerca da natureza da filiação para efeito de prestação alimentícia, sejam os alimentos provisionais, sejam definitivos.

Vide que no regime jurídico anterior, pedido de alimentos com incidente de declaração de paternidade permitia concessão de alimentos provisionais e definitivos. Parcela da jurisprudência, contudo, só admitia a hipótese em se tratando de filhos ilegítimos, remetendo os filhos naturais à prévia investigação da paternidade, cujo óbice não lhes era estendido, já que seus pais, a rigor, não possuíam justo motivo a impedir o casamento.

Ao lado daqueles que consideram encerrada a polêmica a partir das inovações constitucionais, tornando defeso qualquer discriminação com suporte na diversidade da natureza da filiação, posiciona-se SÉRGIO GILBERTO PORTO, para quem "não mais se justifica se estabeleçam diferenças para o encaminhamento de postulações idênticas" (7).

Em estudo sobre a matéria, também se posiciona o Prof. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, formulando, relativamente à atual Constituição "outro resultado importante: antes ou depois de proferida a sentença na demanda principal, poderá o filho, nessas condições, de forma antecedente ou incidente, exigir alimentos cautelares, inclusive liminarmente, com amparo no art. 852, II, do C. Proc. Civil, atendidos os pressupostos normais de toda tutela emergencial, a aparência do bom direito e o risco de dano. Não vigora mais a limitação contida no art. 5º da Lei 883, antes mencionada" (8).

É que a paternidade, decidiu o Eg. TJSP, como pressuposto do pedido alimentar,

(5) TJMG, Apelação Cível nº 68.829, Terceira Câmara Cível, Comarca de Patrocínio, em DJMG nº 221, de 22/11/86.

(6) Fonseca, Arnaldo Medeiros da, em *Investigação de Paternidade*, 3ª ed., p. 350, Forense, Rio de Janeiro-RJ, 1958.

(7) Porto, Sérgio Gilberto, em *Doutrina e Prática dos Alimentos*, 2ª ed., p. 101, AIDE, Rio de Janeiro-RJ, 1991.

(8) Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de, *A Ação Cautelar de Alimentos e a Nova Constituição*, em *Seleções Jurídic*, fevereiro/1989.

está liberada como objeto autônomo da lide ante a nova Constituição Federal que se projetando sobre a relação de Direito Material em favorecimento ao filho, não mais o distingue em razão do estado da pessoa dos pais (9).

Hodiernamente, os alimentos podem ser solicitados através do rito especial da Lei nº 5.478/68 ou pelo procedimento comum ordinário do Código de Processo Civil, ficando a escolha a critério da parte diante dos elementos probatórios que a mesma disponha de antemão, não se ajustando o rito sumário, por essência, ao exame profundo da prova, especialmente em casos polêmicos e controvertidos.

Ao passo que a Lei especial prevê a concessão dos alimentos provisórios, o Código Processual Civil admite os provisionais em tutela cautelar, de forma preventiva ou incidente (art. 852, II), tal qual como decidido pela Corte paulista no aresto acima referido.

Basicamente, constituem-se embora a divergência terminológica, em alimentos *ad litem*, indispensáveis à manutenção do litigante no transcorrer do processo e cabíveis, em face da amplitude da alteração constitucional que prevê a isonomia entre os filhos, desde o despacho inicial que ordena a citação, presentes os pressupostos genéricos da existência de um interesse em jogo e do fundado receio de um dano próximo, grave e de difícil reparação.

Por via oblíqua, derogadas e prejudicadas ficaram as normas infraconstitucionais de ordem material ou processual colidentes com a mencionada cláusula constitucional e por isso mesmo não recepcionadas pela nova ordem suprema em vigor.

É o nosso entendimento, *sub censura*.

(9) TJSP, A.I. nº 125.024-1, Oitava Câmara Cível, Rel. Desemb. Jorge Almeida, registrado em 6/12/89, em RT, 652/76.