

Considerações sobre a indisponibilidade da mãe em não apontar o suposto pai no registro de nascimento – Lei nº 8.560/92

CARLOS GILBERTO MENEZELLO ROMANI
Promotor de Justiça – SP

I – Introdução

A Lei nº 8.560, de 29.12.92, não fez previsão legal de omissão materna quanto ao indicar o nome do suposto pai, dando a interpretar que tal indicação seria natural, seria a regra. Impõem-se algumas considerações para uma solução jurídica de forma a minorar este vácuo legislativo.

O ordenamento jurídico supra diz, em seu artigo 2º, que a regra é que seja apontado o suposto pai, “a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência de alegação”. Se a mãe se nega a exercitar a regra, incide, a meu ver, em desrespeito aos deveres inerentes ao pátrio poder, caso sua omissão seja injustificável, cujo dever é indisponível.

Não que se queira exigir que os cartorários obriguem a mãe a indicar o suposto pai, haverá aí uma violência, em face de que a lei criteriosamente estabelece a possibilidade desta identificação e não a sua obrigatoriedade.

Pela lei antiga (a de nº 6.015) a mãe era impedida de indicar o nome do suposto pai, embora esse direito tivesse sido adquirido na Constituição de 1988. Com o novo ordenamento jurídico (a Lei nº 8.560/92), estabeleceu o legislador uma nova forma de se concretizar, mesmo embrionariamente, a cidadania das crianças, resguardando-lhes o direito à filiação sem burocracia e atropelos judiciais; elas não são culpadas de nada que aconteceu com seus pais biológicos.

É a teoria da proteção integral que se vê inculcada, implicitamente, neste novo ordenamento jurídico. É a aplicação da prioridade absoluta prevista no artigo 227 da Constituição Federal.

Afirmar que o assunto da paternidade da criança só interessa à mãe e ao filho é não dar validade ao artigo 27 do ECA, ao artigo 227 da Constituição Federal e ao artigo 2º da Lei nº 8.560/92.

Este último instituto jurídico estabelece a facilidade incontestável, para a criança não reconhecida pelo pai, da propositura da ação respectiva, vez que à mãe cumpre declinar

ao oficial do cartório de Registro Civil em que for lavrado o assento do nascimento, o nome do suposto pai.

Resulta dizer que, estando a criança representada pela mãe que vai fazer o registro do nascimento, na hipótese de ela apontar aquele que seria supostamente o verdadeiro pai de seu filho, vem afirmar uma atitude totalmente responsável e esclarecedora, caracterizando o mais venerável exercício de um direito do filho que ela representa.

Esta matéria nos faz lidar com sentimentos delicados e sensíveis do ser humano e existem casos em que a mãe não tem interesse no reconhecimento e, mesmo interpretando-se que a Lei nº 8.560/92 lhe tolheu o direito de escolha, temos que buscar a consciência materna para a importância e o relevo do reconhecimento da paternidade de seu filho, dentro de padrões de normalidade que vão estabelecer o conhecimento da verdade real sobre a filiação das pessoas.

II – A legitimidade ativa

O artigo 201, inciso VIII, do ECA diz ser da competência do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

Em vista disso, para zelar pelo direito indiscutível de a criança saber quem é o seu verdadeiro pai e de ter no seu documento de identidade sobrenome paterno, tornando-se, assim, um cidadão por inteiro, defendendo-lhe o direito maior da cidadania, é que se busca, através de uma ação declaratória com preceito cominatório perante o Juízo da Infância e Juventude, o esclarecimento necessário da paternidade omitida quando da lavratura do registro de nascimento.

Na procura da verdade real sobre a filiação, não se nega que interessa ao próprio filho saber a verdade sobre ela. O direito maior da cidadania não pode ser negado à criança.

Evidente que a propositura da ação de investigação de paternidade é unilateral, devendo haver a iniciativa e consenso da mãe, que, se não colaborar com a Justiça para esclarecer os fatos e apontar o suposto pai, tal ação está fadada ao insucesso.

Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 27 considera ser um direito personalíssimo da criança o reconhecimento do seu estado de filiação, que eventualmente se faz representar pela mãe, tanto que, ao completar a maioridade civil, passa a ser titular deste direito.

Se alguém próximo a ela (um avô, um tio) suponha quem seja verdadeiramente o pai, tendo informações seguras para a propositura da ação, no momento do registro, a mãe é titular do direito, cabendo a ela o seu exercício.

Ora, se nada a impede de fazer prevalecer este seu direito, este exercício, omitindo-se deliberadamente em tornar pública a existência do pai biológico, na estrita defesa para ver respeitado o direito da criança à cidadania plena, é que se propõe tal ação de declaratória com preceito cominatório no Juízo da Infância e Juventude.

Fundamenta-se, também, tal ação em razão de o artigo 98, inciso II, do ECA determinar que “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei foram ameaçados ou violados: ... II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”.

III – A objetividade jurídica

Não se objetiva prioritariamente a prática de retaliações contra a mãe, aplicando-lhe sanções, advertências, multas, suspensão do pátrio poder, etc. A objetividade desta ação

declaratória é buscar separar o joio do trigo, é se prevenir daquelas atitudes maternas tomadas em razão de ameaças do suposto pai se levá-lo à Justiça, das falsas promessas de ajuda caso não venha a público a paternidade, enfim, casos desta e de outras envergaduras em que a emoção suplanta a razão daquela que deveria defender com primazia o interesse do filho e o coloca em segundo plano, na dependência de uma promessa de cunho protelatório que nunca se concretizará.

Deixar para um futuro próximo ou remoto a revelação e as medidas necessárias a confirmar a paternidade, a prova, se necessária, vai se esvaziar com o tempo, em desfavor da criança, desde que as testemunhas poderão vir a falecer ou mudarem seu domicílio, à guisa de ilustração, dificultando encontrá-las, pois todos estes percalços vão sopesar desfavoravelmente se deixarmos a criança atingir a maioridade civil para vir requerer a investigação.

Outros exemplos poderiam ser citados, como se houver falecimento da própria mãe, dificultando a colheita em vida do material para exames laboratoriais; no caso de cremação do corpo da mãe, a colheita seria de parentes próximos; entretanto, o resultado não seria tão preciso tecnicamente quanto com o próprio material.

O grau de dependência probatória a que se submete o filho na circunstância de recusa materna da revelação do suposto pai é enorme, gerando uma submissão de sua pretensão em potencial ao reconhecimento do estado de filiação a fatos externos que não envolvem diretamente a sua pessoa, mas daqueles que o geraram.

Existe até a ressalva do § 4º do artigo 2º da Lei nº 8.560/92, que deu legitimidade concorrente ao Ministério Público para a propositura de investigação, de que "havendo elementos suficientes", poderá intentar a ação.

Não havendo colaboração da mãe, a consequência imediata será o enfraquecimento probatório que gerará insuficiência de argumentos para intentar uma ação indubitavelmente temerária e, ao invés de gerar benefícios, gerará prejuízos à própria criança.

IV – O procedimento

A pretensão está circunscrita única e tão-somente a que a mãe biológica indique ou declare a existência do nome do suposto pai ou se existe um motivo ensejador muito forte para que ela não o faça.

Inaceitável que os ofícios encaminhados pelo cartório venham com expressões "ainda não chegou a hora", "ainda não é o momento", "não quero dizer", quando da indagação da suposta paternidade, respostas estas dadas pela mãe e fiquem sem qualquer investigação mais profunda dos motivos ensejadores desta omissão.

Dentro do âmbito da Corregedoria de Registros Públicos, onde se inicia o procedimento da Lei nº 8.560/92 (no Estado de São Paulo, em face do Provimento 494), não é possível perquirir, a fundo, quais as razões de sua não revelação, não ensejando elasticidade.

Daí seu encerramento nesta esfera administrativa e a remessa de cópias ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude, para que, através da ação declaratória com preceito cominatório a que fazemos referência, se faça um questionamento se plausíveis, se justificáveis, dentro de um critério de racionalidade, de bom-senso, se a negativa seria ou não revelada.

A revelação, vindo a acontecer, estará acobertada pela imposição legal do segredo de justiça, determinado pelo artigo 27 do ECA, restringindo-se o acesso ao processo àqueles que dele têm interesse, como as partes e seus procuradores (parágrafo único do artigo 155 do CPC).

Quando a justificativa invocada for de que "não quer identificar o nome do pai, por motivos de força maior" ou que "porque entende que ainda não é o momento... se entender, futuramente, que seu filho mereça esta proteção legal, tomará a providência na oca-

sião própria" ou "não revelou o motivo por que não quis declarar o nome do genitor da criança", incide na omissão, com as conseqüências legais.

Não se trata de substituição da mãe pelo Promotor de Justiça, implicando impossibilidade jurídica do pedido, assumindo este último a representação legal da criança.

Não se pretende ingressar com a investigação, não se quer exigir que a mãe a promova, mas que ela revele o nome do suposto pai para que, no presente e, eventualmente, no futuro, a criança possa ter a segurança jurídica (com a declaração pública da mãe apontando o pai), moral e um princípio de prova para, em querendo, tomar as medidas necessárias, caso a mãe não o faça representando-o durante o pátrio poder.

Daí o artigo 27 do ECA dizer expressamente que "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".

Para o filho o reconhecimento do estado de filiação unilateral a *matre* é insuficiente, é capenga, é humilhante, desde que sua mãe não o fez só, necessitou do sexo oposto, não sendo a hipótese, é claro, de ser ele um "bebê de profeta", sem identificação do sêmen paterno.

Se se trata de um direito indisponível, a negativa via omissão da mãe torna o direito ao estado de filiação impraticável e sendo a mãe biológica, como representante do infante, a única legitimada a promover eventual investigação de paternidade, revelando-se o nome do suposto pai, é que está se propondo a declaratória, exercitada contra quem de direito (art. 27 do ECA), sem qualquer restrição, diz o artigo retromencionado, para que se possa exercer, oficiosamente após averiguação, a procedência da alegada paternidade, comprovada a injustiça da omissão.

Em regra, falta para a mãe orientação e educação no sentido de se preparar psicologicamente para enfrentar os percalços dos sentimentos que envolvem tanto o suposto pai como o próprio filho, que ela deverá superar e um dos meios para se atingir tal objetivo é a instauração desta ação.

Poder-se-ia afirmar que a revelação exigida via tal propositura qualificaria uma investigação de paternidade inversa, com ameaças à mãe, estando desqualificado legalmente para tal o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude.

Torno a repetir que o que se pretende não é a investigação, apenas que a requerida indique e qualifique o nome do suposto pai, ou, ao menos, que dê as razões plausíveis e plenamente justificáveis para sua omissão.

À guisa de ilustração, imaginemos que a mãe teria sido estuprada pelo próprio pai, está sendo ameaçada por ele e se vê na contingência intransponível de omitir o nome do suposto pai de seu filho. Ou que manteve relações sexuais com vários homens quando da concepção, sendo-lhe dificultoso apontar este ou aquele como sendo o suposto pai.

Ou que foi estuprada por uma pessoa que se encontrava encapuzada, ficou grávida, cuja autoria do delito permanece ainda desconhecida e é objeto de apuração em inquérito policial em andamento, sem que ela possa, efetivamente, apontar o suposto estuprador e pai de seu filho.

São inúmeras as hipóteses que poderiam ser arroladas e alinhavadas. Agora, existem casos em que a mãe biológica esconde a verdadeira identidade do suposto pai porque tem medo que ele lhe retire o filho no futuro; em razão de que não quer nada dele pois magoada com seu abandono; por imposição dos avós que exercem influência sobre a mãe, não desejando que a paternidade seja identificada pois se apegaram à criança e não querem vê-la dividida com o suposto pai.

Faço um parêntese para dizer que tais atitudes diretamente prejudicam a criança quanto ao seu direito fundamental à saúde (art. 227 da CF), haja vista que, se houver

necessidade de ela fazer um tratamento de pele ou do coração, por exemplo, necessitando conhecer sua árvore genealógica para saber se seus ascendentes ou antepassados tiveram esta mesma doença, inquestionável o prejuízo em face de que esta informação estaria irremediavelmente comprometida, pois desconhecido será um dos ramos desta árvore, o paterno.

Dentro de um critério de aferição de razoabilidade dos motivos, das razões de não apontar o nome do suposto pai, é que determinará, para a mãe, o efetivo exercício da supressão da identidade e deixar de ingressar com a futura investigatória de paternidade, sempre, evidente, com prejuízo à criança, que em último caso está sendo tolhida de seu direito fundamental quanto ao reconhecimento concreto e definitivo do estado de filiação.

V – Pátrio poder

Deixando de exercitar a representação legal da criança que lhe dá o inciso V do artigo 384 do Código Civil, incide na indisponibilidade referida no artigo 27 do ECA e inexistindo qualquer restrição para fazer valer o estado de filiação, contra aquela relapsa (a mãe) cabe a medida que ora se defende.

Afirma Sérgio Gischkow Pereira, em "Tendências Modernas do Direito de Família", in RT 628/29, que:

"O pátrio poder, é cediço, teve seu conteúdo visceralmente modificado. O próprio nome do instituto não reflete mais seu efetivo significado. O pátrio poder é, mais do que um poder, um complexo de deveres dos pais em relação aos filhos, colimando conquistem estes uma boa formação intelectual, moral, dentro da maior rigidez somática e psíquica. Não mais importa o interesse dos pais, mas sim o interesse dos filhos. Tanto que, em caso de separação dos pais, a guarda do menor é equacionada em função do que lhe convém, abstraído do desejo dos pais, que, por sinal, seguidamente utilizam os menores como instrumento de hostilização recíproca".

Desume-se que a mãe omitindo-se no dever de indicar o nome do suposto pai, deixando, sem justa causa, de exercer o que lhe assiste, não exercitando plenamente o pátrio poder, põe seu interesse pessoal acima do interesse do próprio filho.

Nestas circunstâncias está rompendo a paridade existente entre os direitos e deveres dos pais biológicos e detendo, para si, com exclusividade, a informação quanto à identidade do suposto pai, juridicamente está em posição de superioridade, abstraindo-se da figura paterna o direito ao pátrio poder, cuja conseqüência é a tendência nítida e natural de abuso do seu próprio pátrio poder.

Em vista disso, não restará àquele que estiver em posição de inferioridade jurídica (o suposto pai) conformar-se ou aceitar o abuso, ora em razão de seu interesse pessoal, ora em razão de não ter certeza da paternidade e não poder assumi-la em face de que não he deu certeza moral a mãe biológica.

Resultado desta desigualdade jurídica provocada pela mãe refletirá, sem sombra de dúvida, na própria criança, que no futuro próximo (em regra na puberdade) poderá se revoltar contra ela numa natural explosão de sentimentos que conduzirá a um rompimento com a genitora e reflexamente prejudicará sua personalidade durante toda a sua vida.

É da natureza do ser humano saber a verdade sobre seu suposto pai. Tolher seu direito, mais cedo ou mais tarde ocasionará uma série de problemas. A supressão desta identificação pode ter seus motivos relevantes por um breve período e não pode se eternizar, tendo em vista que a pressão por parte do filho ocorrerá, mais cedo ou mais tarde, fazendo indagações sobre a figura paterna.

Citemos um exemplo de uma mãe que negando ao filho a identidade de seu suposto pai por sabê-lo ser um estelionatário, cinco anos mais tarde descobriu ser uma inverdade,

o suposto pai é uma pessoa de bem, de posses e afortunada. Pretende agora revelar o fato ao filho.

Instaurar-se-á, e esta é a regra, um conflito: primeiro o filho dirá que ela foi injusta por pensar naquilo que depois se descobriu que o pai não era (estelionatário), perdendo cinco anos de um possível contato paterno. Em segundo lugar, o suposto pai fatalmente não aceitará naturalmente o filho, dizendo que quando era pobre e não tinha nada na vida, taxado de criminoso, não lhe revelaram a paternidade e agora que está próspero e reabilitado daquela falsa pecha, quer a mãe aproveitar da situação privilegiando a criança com futura herança, alimentos, seu nome, etc., quando na verdade ela queria apenas protegê-lo de um crápula, erroneamente.

VI – Garantias constitucionais

Preceito constitucional diz que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal); exigir a revelação da identidade não estaria havendo respeito à liberdade de consciência e inviolabilidade da intimidade, da vida privada, não se permitindo que estranhos ingressem na vida familiar, obtendo informações indesejadas e por tais preceitos é que não deveria haver a interferência do Ministério Público.

Seria um contra-senso querer saber o dia, a hora e em que local a mãe manteve relações sexuais com o suposto pai, como se deu o seu relacionamento amoroso, quanto perdurou, se bom, se ruim, etc. Esta intimidade e sua privacidade serão guardadas a sete chaves por ela, cujo interesse para o deslinde da questão pouco têm valia.

O fruto desta breve ou longa união, deste relacionamento, foi um ser humano, foi uma criança. Ora, desta suposta intimidade que não se quer ver revelada nasceu o direito do filho que, também como preceito constitucional, está em situação superior aos demais preceitos acima mencionados.

O artigo 227 da Constituição Federal diz que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Diz o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu parágrafo único, letra "c" que: "Artigo 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

Sérgio Gischkow Pereira observa que "o artigo 227 - 6º da nova CF é um texto magnífico, uma vez que quebra uma das mais deploráveis hipocrisias do direito brasileiro, que era a de "punir" filhos ilegítimos. As conseqüências deste dispositivo, para o direito visto como um todo, são de tornar inconstitucionais todos os dispositivos legais estruturados em função das diferenças entre filhos". (Cf. "Algumas questões de Direito de Família na Nova Constituição", in RT 639/247).

Donde se conclui que acima do interesse da mãe está o legítimo, com absoluta prioridade (diz o mandamento constitucional supramencionado), interesse do filho em ver reconhecido seu direito ao estado de filiação.

Encerro com a advertência de Cornelius Castoriadis, em "Socialismo ou Barbárie", Brasiliense, 1983, pág. 33: "Uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou leis justas para sempre. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta".

VII – Conclusão

Valendo-se da ação declaratória com preceito cominatório contra a mãe biológica, ao seu final, se configurado que, sem justa causa, sua atitude é omissa em relação ao direito da criança em ver reconhecido o seu estado de filiação, pede-se que se declare a indisponibilidade da identificação sonogada injustamente em face do artigo 27 e 98, inciso II, ambos do ECA e artigo 227 da Constituição Federal.

Por consequência deve a mesma ser advertida nos termos do artigo 129, inciso VII, do ECA, de que sua atitude omissiva poderá gerar suspensão do pátrio poder nos termos do artigo 394 do Código Civil, através do procedimento contraditório previsto no artigo 155 e seguintes, 129, X, e 22 e 24, todos do ECA.