

"O CLÁSSICO ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO E AS INOVAÇÕES ORIUNDAS DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA"

Maria Darlene Braga Araújo

RESUMO

Analisar a direito de filiação enfocando o Princípio da Igualdade, amplamente consagrado pela Constituição Federal, é tarefa árdua, no entanto, assaz vantajosa para o instituto familiar, sempre considerado pelos sociólogos como a célula máter da sociedade, face à sua incomensurável importância.

ABSTRACT

"To analyse the Right of filiation treating the Principle of Equality widely sanctioned by the Federal Constitution, is a hard task, nevertheless really much advantageous the familiar institution always considered by sociologists as a MATER cell of the Society by its incommensurable importance"

INTRODUÇÃO



A oportunidade que se apresenta para refletir sobre o estabelecimento da filiação e o princípio da igualdade não poderia estar melhor posicionado no tempo. No

momento em que o próprio termo "família" deve ser empregado na acepção plural, eis que são famílias o que temos consagrado hoje como entendimento tutelado pelo ordenamento jurídico, a realidade contemporânea não poderia ser mais pródiga no ofertar de interrogações à análise.

Demais disso, o tema está rente à vida e as próprias condições históricas de uma sociedade. A propósito, sobre a leitura do monumental romance "Cem Anos de Solidão", muito se comenta sobre a inesquecível (passagem em que Gabriel Garcia Marques narra o momento no qual o Cel. Aureliano Buendia recebeu uma missão de seu partido, credenciada para discutir a encruzilhada da guerra. Os emissários traziam três propostas, e dentre elas, pediam a renúncia às aspirações de igualdade de direitos entre os filhos naturais e os ilegítimos para preservar a integridade dos lares, parco fundamento.

Percebe-se por aí os ventos que sopram nesse mar de contradições. Diante das tormentas que o tema, como se vê, pode apresentar, é certo que entre dúvidas e sobressaltos vive boa parte da nossa doutrina e da jurisprudência, sem prejuízo de conhecidos titubelos legislativos. Nada obstante, as novas famílias que reclamam direitos e os respectivos princípios que batem às portas da verdadeira justiça, desafiam a compreensão da vida sob a razoável lupa de quem se sensibiliza pelo drama de seu tempo.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com o advento da Constituição Federal não pairam dúvidas no jus-ordenamento acerca da consagração

do Princípio da Igualdade em nossa realidade jurídica.

Nesse sentido são uníssimos os doutrinadores e também a Jurisprudência.

No início da vigência da Magna Carta mencionada, ventilaram-se algumas indagações sobre a aplicabilidade do Princípio "in foco" e sua abrangência, no entanto, de logo foram esclarecidas.

Hoje se sabe que a intenção do legislador constituinte de 1988 foi firmar uma **igualdade no plano formal**, uma vez que **igualdade substancial**, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana.

A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens, não apenas perante o Direito, mas uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

Face ao exposto, é fácil concluir que no plano substancial seria muito difícil aplicar o princípio ora abordado, desta forma, o princípio da igualdade, hoje encontrável em praticamente todas as Constituições e que atormenta a mente dos juristas, é o da igualdade, chamada formal, por ser a teoria que mais se adequa 'as hipóteses de convívio social atualmente verificadas.

O texto constitucional, ao tratar sobre o 'Princípio da Igualdade, é claro como a luz dos trópicos, no entanto, sua exata inteligência remanesce difícil, por tal razão, pode-se afirmar que pretender elucidar

o tópico analisado em poucas linhas, seria tarefa pretenciosa.

Em detrimento disso, esclarecemos, nesta oportunidade, o que se entende por igualdade formal, a qual consiste, segundo as palavras do festejado mestre Celso Ribeiro Bastos, "*no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional*".

Então, como se proclama no vasto mundo do saber jurídico, o princípio constitucional nada mais estabelece do que "tratar igual aos iguais e desigual aos desiguais", sem deixar de observar suas próprias características e o caso concreto, pois em muitas vezes o que parece discriminação, na realidade, não o é.

Em suma, o que se acabou de expor, foi uma rápida noção pertinente ao Princípio da Igualdade, o que certamente facilitará a compreensão do que se pretende discorrer a seguir.

FILIAÇÃO E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Na convicção da impossibilidade de cuidar de todos os aspectos atinentes ao estabelecimento da filiação, vejamos o alcance do princípio da igualdade,

anteriormente abordado, o qual pode ser mensurado pela via da incidência da presunção "*pater is est*".

O estudo do estabelecimento da filiação revela-se uma prodigiosa fonte para haurir a essência da sistema legislado, uma vez que as regras que compõe o Direito de filiação demonstram a própria concepção de família embutida no texto legal.

Assim se vê quando se atribui (como fazia o Código Civil) ao casamento, a fonte exclusiva da legitimidade dos filhos, expondo-se aí uma noção que privilegia a família fundada no matrimônio, e ao colocar-se obstáculos, à derrubada dessa presunção.

Nota-se claro favor à manutenção da relação conjugal calcada no casamento que poderia, nessa ótica, ser perturbada pela investigação da verdadeira paternidade; e mais: ao limitar-se a legitimidade ativa para a ação que vise impugnar a paternidade denominada outrora de legítima, pela atribuição ao marido da mãe do direito exclusivo de decidir quanto à propositura, apresenta-se, então, uma visão inquestionavelmente patriarcal, o que não se pode admitir hodiernamente.

Ademais, ao criar-se um sistema de causas determinadas que permitem em estreitos limites à impugnação da paternidade, espelha-se o "*favor legitimitatis*" que se dirige a propiciar uma proteção acentuada e especial à paz

e à honra da família constituída pelo casamento, a ponto de albergar inaceitável desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

4.1. Velha Realidade, Novo Valores

Os tempos, no entanto, são outros e outro conceito de família é o que emerge de regras que alteram esses mesmos aspectos básicos do estabelecimento da filiação.

Destarte, ao prever-se um certo número de fatos ou circunstâncias que fazem cessar a presunção de paternidade; ao ampliar-se o rol de legitimados ativos à propositura da ação que vise impugnar a paternidade, e ao abandonar-se o sistema de enumeração taxativa dos casos em que a lei permite a impugnação, revela-se um novo sistema, em muito diferenciado, no qual os interessados dos filhos suplantam o intento de estabelecer, mesmo contra a verdade biológica, uma filiação fictícia. Desse modo, diminui-se o poder marital e são geradas condições razoáveis de conveniência harmônica da família. E ainda mais: ao ser adotado um estatuto único da filiação, elimina-se a injustificável discriminação entre filhos em razão da sua origem, nada mais justo.

Daí, realmente se percebe que o estudo dos modos de estabelecimento da filiação, especialmente por via da aplicação da presunção legal da paternidade, pode por à mostra a própria noção de família, o que realça a importância de seu exame.

A compreensão dessa moldura jurídica leva à apreensão dos caracteres básicos dos sistemas latinos de filiação.

PATERNIDADE JURÍDICA x PATERNIDADE REAL

Passeio Histórico

O princípio da superior defesa da instituição matrimonial inspirou características marcantes dos sistemas latinos codificados a partir do século XIX.

Filiando-se à orientação do Código napoleônico, o sistema jurídico brasileiro insculpido no Código Civil incorporou tais características, moldando-se à semelhança dos demais sistemas latinos influenciados pelas regras do Código Civil francês de 1804.

Esse sistema se mostrou incapaz de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade real, esta última, a verdadeira do ponto de vista biológico. Emergiu desse sistema grave questão com dupla face: de uma parte, mesmo contra o interesse do filho e o interesse da mãe, pode subsistir a paternidade, ainda que manifestamente improvável, particularmente diante da inércia do marido, titular da ação e único legitimado ativo para impugnar, em prazos exíguos, a paternidade em circunstâncias previamente enumeradas na lei.

De outro lado, diante das imensas limitações (tanto em relação

à legitimação ativa quanto às causas em que se faz possível impugnar a paternidade), um filho determinado pode, nesse sistema, ficar sem ter a declaração de quem seja seu pai. Com mecanismos que impedem ou dificultam a discussão sobre a verdadeira paternidade, chega-se às vezes, em numerosos casos, a uma paternidade fictícia.

Essa situação deriva da idéia da proteção à família matrimonializada, mesmo em sacrifício dos interesses do filho ou da mãe, sustentando-se até mesmo que a “mentira jurídica” podia ser essencial à paz familiar, o que sabemos não corresponde a atual realidade vivenciada.

No entanto, a dimensão do casamento suso mencionada, há de ser compreendida, por óbvia, de forma congruente, com sua inserção histórica, imprescindível para o adequado desenho do matrimônio, como o fez, em sua exemplar pesquisa, no primeiro volume do “Tratado de Direito de Família” o ilustre professor, doutor Eduardo de Oliveira Leite.

Através daquele critério, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda, como evolução dos próprios preceitos norteadores das relações sociais ora existentes. Confere, por isso, preferência ao que o professor Guilherme de Oliveira denomina de critério “nupcialista da paternidade” e não a uma base “biologista” da paternidade.

O Código e a Razoabilidade

Analisando restritamente o Código Civil brasileiro, verifica-se que este somente autoriza (em seu artigo 340) ao marido da mãe provar que não houve coabitação dentro do período legal da concepção ou que a coabitação, mesmo tendo ocorrido, não foi a causa da gravidez.

O que inspira tal idéia é a do “favor legitimitatis” e tem uma extensão que causou perplexidade até mesmo ao autor do projeto do Código Civil, consoante assentou o próprio Clóvis Beviláqua em seus “Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, obra em muitas passagens ultrapassadas pela evolução da ciência jurídica, mas que conserva os ensinamentos básicos para entendimento do assunto.

Por seu turno, os artigos 343 e 346 do mesmo Estatuto, ao retirarem da confissão materna e do adultério da mulher com quem o marido viva sob o mesmo teto, o efeito de possibilitar o afastamento da presunção, reforçam a idéia da paternidade impossível, quer pela ausência da coabitação, que pela impotência absoluta.

A alteração fundamental, se dá, agora, com o advento da lei de averiguação oficiosa da paternidade, eis que, ao menos nesse aspecto, muda o valor jurídico e os efeitos da declaração da mãe sob a égide da Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

Os Limites do Sistema

Soa necessário perquerir, nesse passo, o que está coberto por esse sistema do Código Civil.

Como se viu, a lei civil estabelece limites demasiadamente estreitos e taxativos.

Caracteriza-se, desse modo, tal sistema como indisfarçadamente patriarcal, tendo o marido poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do casamento. Criando a lei, para a impugnação, um sistema de causas determinadas, centra-se num modelo que revela desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, o que, como é notório, fora totalmente abolido de nossa ordem constitucional, não mais podendo ser tolerado, portanto.

Trata-se, pois, de um sistema rígido que reduz as possibilidades de busca da verdadeira paternidade. Tal rigidez também não se manteve em recentes reformas havidas no Direito comparado, atenuando a força da presunção "*pater is est*".

AS REFORMAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO DE FILIAÇÃO

A evolução do Direito de família já provocou significativas transformações nessa matéria, imprimindo um novo tratamento jurídico à presunção de paternidade.

O sentido básico dessas reformas é o de reconhecer situações e instrumentos que afastem o estabelecimento de filiações fictícias

quando a realidade revela improbabilidade de o marido ser pai do filho tido pela mulher casada. Assim se passa, por exemplo, no atual Direito francês, com a reforma de 1972; no Direito português, com a Reforma de 1977, e na legislação belga.

Os resultados alcançados por essas reformas, afastando os óbices que conduzem à paternidade meramente jurídica, desconforme com a paternidade real, já foram suficientes para bem revelar um novo estágio que se põe à reflexão. Esse novo patamar de idéias se revela em situações que exigem mais do que a simples observação do vínculo biológico, dando relevância, então, também à realidade sócio-afetiva que liga um filho a seu pai. Nesses quadrantes, promove-se a recuperação da noção de posse de estado de filho, a qual se mostra de indiscutível utilidade no seio daquelas reformas.

Se nos moldes do sistema clássico, "a paz familiar importava mais ao Direito do que a verdade", nas contundentes palavras do professor Luigui Ferri, citado por Washington de Barros Monteiro, a partir dessas mudanças a presunção legal de paternidade presumida passa a assumir um papel mais consentâneo com sua própria natureza e congruente com a busca da verdadeira filiação.

Mecanismo de Reformas Européias

Alguns dos principais recursos utilizados pelas reformas européias

multicitadas, para o fim de superação do sistema clássico de estabelecimento da filiação, foram: a ampliação do rol das pessoas legitimadas a propor a impugnação; o abandono do sistema de enumeração taxativa das hipóteses em que a lei permite a impugnação e os prazos mais elásticos para a propositura da impugnação.

Além disso, nas reformas francesa, portuguesa e belga se faz presente o mecanismo da **cessação da presunção "pater is est"**, que permite não aplicar os efeitos da presunção "pater is est" sem ataque direto a essa presunção.

Em verdade, são dois os momentos distintos que podem ser focalizados nessas reformas: o primeiro, no aprimoramento do sistema clássico, cujo resultado é suficiente para chegar-se a um equacionamento razoável da maioria dos problemas surgidos no conflito entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica, remodelando-se, dessa forma, a impugnação da paternidade. O segundo, indo mais distante, capta no estabelecimento da filiação a verdade sócio afetiva, que se equilibra com a verdade biológica.

Outrossim, deve ser registrado que mesmo no âmbito dessas reformas, que em muito avançaram em matéria de filiação **rumo a igualdade**, é indiscutível a atualidade da presunção '*pater is est*', que opera como resíduo diferenciador entre a situação dos filhos tidos dentro e fora dele.

No Brasil, que não teve ainda reforma legislativa no Direito de filiação, a superação da crise gerada pelo sistema clássico se deu, em face dos casos concretos, pelos pronunciamentos do Poder Judiciário, e pelo advento da "*Mens Legis*".

Progressivamente, começou a se formar no âmbito da Jurisprudência um conjunto de decisões que representa um notável passo no sentido de superar a rigidez do sistema posto no Código Civil brasileiro.

Esse processo através do qual o julgador teve a sensibilidade de dar aos casos concretos, soluções adequadas, revela um compromisso com valores diversos daqueles recepcionados pelo sistema do Código Civil de nosso país.

Enquanto o Estatuto prefalado se colocou na defesa superior da família matrimonializada e da autoridade do marido, manifestando os resquícios do patriarcalismo, a jurisprudência com esse sistema de promoção jurídica da não paternidade, congruente com os princípios que informaram tanto as reformas do Direito comparado quanto a **nova Constituição Federal brasileira que eliminou as desigualdades entre as diversas espécies de filiação**.

O Princípio da Igualdade e o Estatuto Único da Filiação

A família e a filiação, face ao advento da Suprema Carta de 1988,

receberam tratamento coerente com a direção do legislador moderno. Isso se percebe, facilmente, com a adoção do estatuto unitário da filiação, prevendo (artigo 227, parágrafo 6º, Constituição Federal) que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos, proibidas designações discriminatórias.

Ao falar sobre a discriminação, a Carta Magna proíbe qualquer espécie, até mesmo aquela que em tempos passado constava nos documentos de registro de nascimento.

Promoveu-se também a dissociação entre o casamento e a legitimidade dos filhos, como também se passou com a reforma francesa, até porque, conforme assevera o insigne glosador Caio Mário da Silva Pereira, a relação de filiação deriva do fato natural da procriação e prescinde da relação matrimonial entre os genitores, nada mais certo.

A nova Constituição também rompe com o caráter patriarcal antes evidenciado pela chefia unicentrada da sociedade conjugal, somente atribuída ao marido, e agora afastada pelo princípio da igualdade entre os cônjuges (artigo 226, parágrafo 5º), o qual afetou não só o estabelecimento da filiação, mas muitos outros institutos da sociedade conjugal.

Então, a partir de 05 de outubro de 1988, em suma, nota-se que o legislador constitucional chamou para si a tarefa de estabelecer as linhas mestras do sistema jurídico

atinentes à filiação, perdendo o Código Civil o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalizadas.

EVOLUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Como se viu, no Brasil, o instituto da filiação sempre foi um capítulo escrito após o do casamento.

Tal seqüência pode ser conferida nos artigos do Código Civil (artigos 180 e segs. E 337 e segs.) ou em qualquer estudo doutrinário em que se tenha sido tomado como ponto de partida, como assegura o festejado civilista Washington de Barros Monteiro.

O Código Civil pátrio além de observar a dita seqüência, também manteve a tradicional distinção que era decorrente: conforme os filhos nascessem ou não de "justa núpcias" eram legítimos ou ilegítimos; e a ilegitimidade era classificada em natural, adulterina e incestuosa, quando não existia impedimento matrimonial entre os pais, quando o impedimento decorria de um casamento anterior, ou finalmente, quando advinha de um vínculo de parentesco (artigos 355 e 363 do CCB).

Com o advento da Lei no 883, de 21/01/94, os adulterinos puderam ser reconhecidos nos casos de dissolução da sociedade conjugal (separação, morte, anulação), ou durante a vigência

do casamento, mediante testamento cerrado, e mediante sentença se o cônjuge estivesse separado de fato há mais de 05 (cinco) anos.

A alteração seguinte veio com a Lei dos registros Públicos, nº 6.015, com o seu art. 60, "verbi literis":

"O registro conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante".

Se mesmo ilegítimo podia ser reconhecido pelos pais, conseqüentemente também poderia ser reconhecido através de Sentença Judicial, independentemente da existência de casamento entre os pais.

Acrescenta-se, neste ensejo, que o Código de Menores de 1979 foi omissivo quanto à presente questão.

Somente com a Constituição de 1988 a **igualdade "natural" foi restaurada** (artigo 227, parágrafo 6º, CF/88).

Em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente repetiu a disposição constitucional (artigo 20, Lei no 8.069) e inovou sobre o reconhecimento dos filhos no seu artigo 26, que dispõe o seguinte:

Os filhos havidos fora do casamento poderao ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, pós testamento, mediante escritura ou outro documento

público, qualquer que seja a origem de sua filiação" (sic).

Mais recentemente foi editada a Lei nº 8.560, em 29/ 12/92 (publicada em 30/ 12/92), uma consolidação mal feita de disposições materiais existentes em outras leis, e uma cópia estrutural da Lei nº 968 / 49.

Vale registrar que a Lei no 968/ 49 foi revogada em duas etapas. A primeira, com a edição da Lei nº 5.478/68, que trouxe a conciliação para o início da audiência (audiência de conciliação e julgamento é o "*nomen juris*"). A segunda, com a edição do Código de Processo Civil, Lei no 5.869/73, que instaurou nas audiências a fase de conciliação.

Assim, atualmente nos regemos pelo disposto na Lei no 8560/92, que dentre as principais diretrizes, fixa que no registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil deles, e ainda, que nas certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente da relação extra conjugal dos pais.

Diante do exposto, concluímos que a legislação mencionada anteriormente possui, no teor de suas disposições, basilares indispensáveis à consagração do Princípio da Igualdade, amplamente consagrado pela "*Mens Legis*" vigente.

CONCLUSÃO

"*Ex postis*", com a adoção do estatuto único da filiação, não tem mais sentido identificar a presunção de paternidade com a presunção de legitimidade, até porque resta vedada qualquer designação discriminatória, como bem se observou durante o estudo.

O Direito de filiação contemporâneo está a mostrar uma instigante realidade: de uma lado, como a relação envolve sempre e necessariamente um considerável número de pessoas, é preciso refletir, no equacionamento dos problemas que se apresentam diante das regras jurídicas que cuidam do estabelecimento da paternidade, destarte, o método da ponderação dos interesses, "balancing test", é o mais indicado para formar um juízo de equilíbrio entre todos os interesses envolvidos.

De outra parte, esses novos horizontes iluminam a afirmação de que precisamos reaprender o sentido de "vivre ensemble"; o que nos faz reletir.

Por fim, julga-se não ser demasiado remarcar a perplexidade com que essa realidade se apresenta. Sem receio de compreendê-las à luz dos argumentos que a própria razoabilidade da vida forense, incipiente, porém ativa, nos ensina, podemos afirmar que pretender esgotar tema de tamanha complexidade seria pretensão inatingível até mesmo para os mais algezes no assunto. Pretendeu-se,

no entanto, demonstrar em poucas palavras a importância da matéria suscitada, demonstrando sua evolução e peculiaridades.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro - *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., Saraiva, São Paulo, 1994;
- BEVILÁQUA, Clóvis - *Direito de Família*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938;
- DINIZ, Maria Helena - *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6ª ed, São Paulo, Sara.iva, 1992, vol. V;
- FACHIN, Luis Edson - *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, Fabris, Santa Catarina, 1992;
- MONTEIRO, Washington de Barros - *Curso de Direito Civil*, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, vol. V;
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa - *Direito de família*, Fabris, Santa Catarina, 1990;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., R.iode Janeiro, Forense, 1993, vol. V;
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues - *Direitos de Família*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956;
- SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 1992.