

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 129

janeiro/março – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

# Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

## SUMÁRIO

*1. A evolução do modo de vida familiar. 2. As modificações importantes realizadas em prol da filiação extramatrimonial. 3. Os novos desafios do Direito de Família. 4. Os atuais princípios norteadores do Direito de Família. 5. A proteção dos direitos da criança no âmbito internacional. 6. A evolução do Direito de Família francês e do Direito de Família brasileiro. 7. A reforma de 1972 no Direito francês. 8. A verdade biológica e a verdade sociológica no Direito de Família. 9. As limitações do Direito francês quanto à liberdade de estabelecimento da filiação e ao princípio de igualdade de filiações. 10. A ação alimentar do Direito francês: a ação com fim de subsídios. 11. As perspectivas de reformas destinadas a facilitar o estabelecimento da filiação extramatrimonial.*

### 1. A EVOLUÇÃO DO MODO DE VIDA FAMILIAR

Na sociedade atual, o nascimento de uma criança fora das relações do matrimônio não constitui um fato que deva ser escondido e mesmo reprimido como o foi, durante longo tempo, em virtude dos valores morais e éticos vigentes no passado. Essa criança não é mais considerada um pária, porque o ordenamento jurídico atribuiu-lhe gradualmente direitos e, modernamente, os países de legislação mais progressista adotaram uma concepção baseada na equiparação de todas as categorias de filiação.

Importante observar que o casamento e o modo de vida familiar modificaram-se profundamente trazendo a reformulação dos princípios basilares do Direito de Família. Em decorrência dessas modificações, as uniões livres ou concubinárias adquiriram um lugar equivalente ao casamento na sociedade moderna. Conseqüentemente, constata-se um

Maria Claudia Crespo Brauner é Pesquisadora Recém-Doutora do CNPq, junto ao CPGD/UFPR; Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da CPGD/UFPR; Doutora em Direito Privado pela Universidade de Rennes-França.

aumento considerável de divórcios, um declínio do número de casamentos e uma multiplicação do número de casais vivendo em união livre. Com igual importância, crescem as famílias ditas monoparentais, onde a criança é mantida e educada por somente um dos genitores, torna-se usual o recurso aos métodos científicos de procriação artificial e observa-se um aumento das adoções nacionais e internacionais. Todas essas circunstâncias, dentro de suas especificidades, servem para demonstrar a evolução constante por que vem passando a família em seus diversos aspectos.

Os objetivos inerentes à formação de uma família não se resumem mais na simples função de reprodução, sustento e educação dos filhos. No presente, um casal se une para buscar a felicidade através de relações de afeição e solidariedade que significam os pilares da família moderna.

No que concerne aos países desenvolvidos, sabe-se que a grande maioria das crianças que vêm ao mundo são desejadas e que o nascimento faz parte de um projeto organizado minuciosamente pelo casal. A utilização dos métodos contraceptivos e a possibilidade do recurso ao aborto voluntário evitam os nascimentos imprevistos. Contrariamente, nos países em desenvolvimento, observa-se um crescimento populacional desordenado, sem planejamento familiar e com dificuldade de acesso das famílias pobres aos métodos modernos de contracepção. Por esses motivos, o número de famílias com prole numerosa e sem condições básicas de sobrevivência cresce prodigiosamente. Este é o panorama que encontramos em países como o nosso, que deixa em completo estado de miséria e abandono uma grande parcela de seus habitantes, principalmente crianças e adolescentes.

A partir desta constatação, percebe-se a relevante diferença das condições em que vivem as crianças nascidas extramatrimonialmente nos países mais privilegiados e naqueles em que as dificuldades econômicas e sociais são consideradas crônicas. Embora estes problemas não pareçam simples de serem resolvidos em consequência de diversos fatores, que não constituem objeto deste estudo, é importante mencionar os grandes progressos que foram realizados no âmbito jurídico em prol dos filhos em geral e, especialmente, dos filhos extramatrimoniais, garantindo-lhes mais direitos e proteção.

## 2. AS MODIFICAÇÕES IMPORTANTES REALIZADAS EM PROL DA FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

De fato, a melhoria da condição jurídica da criança nascida fora do casamento contribuiu para evitar tanta desigualdade e discriminação, pois, doravante, esta criança tem todos os direitos e qualificações outrora atribuídos exclusivamente aos filhos legítimos.

Figurando como um dos exemplos mais recentes, devemos incluir as modificações profundas realizadas em nosso Direito de Família através da Constituição Federal de 1988 e, especialmente em seu artigo 227, § 6º, que estabeleceu o princípio de igualdade de filiações; e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que reorganizou a matéria relativa à proteção dos direitos da criança, colocando o Brasil dentre os países de legislação mais avançada nesta área.<sup>1</sup>

Tratando-se do Direito francês, a importante reforma realizada no Direito de Família em 1972 possuía como princípio basilar o fim das prerrogativas de direitos à família matrimonializada, a igualdade entre os pais nas relações com seus filhos, a igualdade dos filhos entre si e a igualdade entre marido e mulher. O fundamento da igualdade entre as filiações, que nos interessa especificamente, justifica-se por uma questão biológica e uma questão moral: a filiação é um laço de sangue, com exceção da filiação adotiva e, moralmente, o princípio de igualdade se afirma sobre a inocência do filho em relação às circunstâncias de seu nascimento.<sup>2</sup>

É sabido que o Direito deve acompanhar as modificações de valores da sociedade através do trabalho do legislador que, revendo disposições e criando novas regras, aumenta o alcance e a eficácia da lei, limitando igualmente todo excesso que se choque com princípios éticos da sociedade. Este é o caminho que percorre o atual Direito de Família que, através de reformas sucessivas, objetiva estabelecer a igualdade de direitos entre os filhos e, buscando o bem-estar geral, ou seja, a satisfação individual de cada um dos membros da família, opta pelo abrandamento das diferenciações entre as variadas maneiras de formação de uma célula familiar.

<sup>1</sup> MENDEZ, Emílio Garcia, COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das Necessidades aos Direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 98 (Série direitos da criança).

<sup>2</sup> CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. Paris: Montchrestien, 1984, p. 118.

### 3. OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Além de reformular sua concepção clássica que garantia a supremacia dos direitos da família matrimonializada, podemos afirmar que o Direito de Família entrou em uma nova era e, conseqüentemente, deve enfrentar fatos novos entre os quais se destacam os avanços da medicina moderna nas questões atinentes à reprodução humana. Neste domínio tão inovador, incumbe ao legislador preencher as lacunas do Direito criando disposições que prevejam a utilização de tais métodos e, igualmente, impor certos limites éticos e morais condizentes com os valores da sociedade. Muitas questões envolvendo tais recursos ainda não foram respondidas e novas discussões continuam surgindo, como, por exemplo, a possibilidade do recurso-maternidade por substituição, a doação de gametas, a clonagem do embrião humano etc.

Visando apontar soluções neste sentido, podemos citar o exemplo da França que tomou a iniciativa na Europa apresentando um projeto de lei sobre a Bioética.<sup>3</sup> Este projeto visa controlar os avanços da medicina moderna relativos à doação de órgãos humanos e às técnicas de procriação artificial levando em consideração o princípio da inviolabilidade do corpo humano na ausência de interesse legítimo e da não-comercialização de órgãos, tecidos ou funções do corpo humano. Seguramente essa futura lei servirá de subsídio para a regulamentação da matéria no âmbito da Comunidade Européia.

No Brasil, além da Lei nº 8.489/92, que disciplina a doação de órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo para fim humanitário e terapêutico<sup>4</sup>, a recente Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, estabelece regras para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e autoriza a criação de uma Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Essa legislação apresenta normas disciplinando as práticas de engenharia genética relativas ao ser humano e, igualmente, estabelece limites à utilização de tais recursos em animais, plantas e no meio ambiente, adotando o respeito

<sup>3</sup> Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional Francesa em 25 de março de 1992, Projeto nº 2.600, Paris, Assembléia Nacional.

<sup>4</sup> MARREY NETO, José Adriano. Transplantes de órgãos: Nova disciplina: Lei Federal nº 489, de 18.11.92. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 691, 1992, p. 59/82.

aos princípios de responsabilidade e da prudência. A referida lei veda a manipulação genética das células germinais humanas, a intervenção em material genético *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e de beneficência, e proíbe a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível (art. 8º, incisos II-IV).

Questões polêmicas, como as que envolvem a reprodução humana, são particularmente interessantes, pois estas técnicas possibilitam a intervenção direta nos processos naturais da vida e da reprodução, os quais, até bem pouco tempo, estavam encobertos de segredo e mistério. No entanto, toda a prudência é necessária e cabe ao legislador estabelecer regras jurídicas bastante precisas, respondendo ao interesse da sociedade e comportando certos princípios quanto ao caráter terapêutico e não de mera conveniência na utilização de tais métodos.

Na afirmação de Catherine Labrusse-Riou,

“a genética moderna através da aceleração de suas proezas coloca as sociedades ocidentais e seus indivíduos perante um leque de opções, de tal maneira que pode-se questionar se o psiquismo humano pode optar sem risco de grave desordem. E qual será o preço a pagar em termos de perdas culturais se nos deixarmos conduzir pelos avanços tecnológicos relativos à própria substância e essência da vida e do homem?”

E ela complementa:

“mesmo que certas biotecnologias suscitem a reação do Direito contra a pretensão de fabricar a vida como um mero objeto, através de uma visão celular, reducionista do ser, o Direito pode recorrer à genética enquanto ciência verdadeira, dirigida ao objetivo de proteção da vida”.<sup>5</sup>

### 4. OS ATUAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Especificamente no que concerne à atitude da sociedade em relação à mãe solteira e ao filho extramatrimonial, esta transformou-se de maneira sensível. A união livre é uma situação

<sup>5</sup> LABRUSSE-RIOU, Catherine. Les implications juridiques de la génétique, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris: L.G.D.J., 1990, p. 1367/ 68.

aceita e que vem sendo gradualmente equiparada ao casamento. Estes fatos podem representar uma crise do casamento ou, simplesmente, revelam uma renovação dos princípios e das funções desta instituição tão antiga.

Pela aplicação das disposições do Direito atual, uma criança nascida fora do casamento pode obter o estabelecimento legal de sua filiação se ela recorre a um dos modos previstos a este fim. Assim, se ela não se beneficiou de um reconhecimento voluntário da parte de seu genitor, ela tem a opção de recorrer a uma ação de investigação de paternidade ou, mais raramente, a uma ação de investigação de maternidade.

Necessário observar que a prova da filiação extramatrimonial e da filiação “legítima” são concebidas sobre bases diferentes. A filiação legítima é indivisível em virtude da presunção de paternidade que considera como do marido, todos os filhos nascidos de sua esposa. Ao contrário, a filiação extramatrimonial é divisível e, assim, cada laço de filiação deve ser estabelecido separadamente em relação a cada um dos pais. Conseqüentemente, a criança pode ter somente um laço de filiação estabelecido quando não foi possível ou não houve o interesse de se estabelecer juridicamente o outro laço de filiação. Também pode ocorrer que a criança não tenha nenhum dos laços de filiação estabelecido e que ela se encontre em completo estado de abandono. Neste caso, a criança deverá beneficiar-se da proteção do Estado até que seja possível sua colocação em uma família substituta. Prevendo todas essas hipóteses, que podem caracterizar a situação da criança nascida de relações extramatrimoniais, o legislador criou um sistema destinado a proteger e a garantir os direitos da criança.

Atualmente, a maioria dos países ocidentais preconiza e aplica o princípio do livre estabelecimento da filiação e o princípio de igualdade de direitos entre todos os filhos. Estes princípios constituem os novos fundamentos norteadores do Direito de Família moderno.<sup>6</sup>

O sistema jurídico previsto pelo Código Civil tinha sido estruturado para proteger somente os direitos da família oriunda do casamento. Na concepção moderna, o filho extramatrimonial não é mais excluído e discriminado porque ele

adquiriu um *status* similar ao do filho legítimo. As noções de legitimidade e de ilegitimidade perderam seu conteúdo e sua justificação. O Direito deve garantir uma proteção integral à criança, seja ela oriunda de uma família matrimonializada ou não. Trata-se do reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

## 5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo primeiro, estabelecia o princípio de igualdade de direitos entre todos os homens. A partir de uma compreensão lógica poder-se-ia concluir que os filhos de toda e qualquer ordem teriam direitos iguais. Sabe-se, no entanto, que até o final do século XIX as crianças eram consideradas como meros “objetos” de que podiam dispor livremente os pais ou responsáveis, principalmente nos períodos difíceis do passado, quando sobreviver era a preocupação constante das camadas pobres da sociedade. Neste contexto, não se falava em direitos das crianças mas sim, em suas obrigações para com os mais velhos. Até mesmo o infanticídio, maus tratos e o abandono de crianças em lugares públicos eram considerados acontecimentos banais. Entretanto, a situação da criança tornava-se mais complexa quando ela era o fruto de relações extramatrimoniais, pois os filhos outrora designados de adúlteros e espúrios eram marginalizados pela sociedade e esquecidos do Direito.

Foi somente no início deste século que surgiu a preocupação de se garantir amparo aos filhos em geral através de legislações mais flexíveis do ponto de vista da proteção dos direitos elementares da criança.

No plano internacional, a primeira tentativa de elaboração de um documento comportando uma enumeração global dos direitos da criança surgiu através da Declaração de Genebra de 1924. Foram enunciados cinco princípios relativos ao bem-estar e à proteção das crianças e, constituiu-se na primeira tentativa de codificar num único texto todas as condições fundamentais a serem garantidas à criança. Importante lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclamou o direito da criança a uma proteção e assistência especiais.

A Declaração de Genebra serviu de base para a elaboração da Declaração dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, a qual enunciou que

“a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo pro-

<sup>6</sup> Sobre as reformas realizadas em Direito francês, português, suíço e belga, ver a comparação realizada pelo Prof. Luiz Edson Fachin em sua obra intitulada: Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 73 ss.

teção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento”.

Há de se ressentir, entretanto, a dificuldade existente quanto ao respeito às disposições contidas nas declarações de direitos, pois estas não possuem eficácia jurídica plena por dependerem da incorporação na ordem jurídica interna de cada estado e em virtude de não existirem meios jurídicos para garantir a efetividade dos direitos elencados.

Mais recentemente, em 20 de novembro de 1989, foi adotada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Essa Convenção foi o fruto de 10 anos de estudos e negociações entre diversos países e representa um acontecimento importante, pois, pela primeira vez na história do Direito Internacional, os direitos da criança foram codificados sob a forma de um tratado que adquire o *status* de norma jurídica para os Estados que a adotaram.<sup>7</sup> Assim como a maioria dos países latinos e europeus, o Brasil e a França fazem parte daqueles que ratificaram essa Convenção. Cabe agora a cada um deles adaptar suas leis internas aos novos princípios estabelecidos neste documento.

Esse conjunto de normas internacionais modifica de maneira integral e definitiva a doutrina de hierarquia de filiações e de discriminação no âmbito dos direitos entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais, adotando a doutrina da proteção integral à criança, instituída pelas Nações Unidas.<sup>8</sup>

No Brasil, a nova Constituição de 1988, particularmente o artigo 227, § 6º, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), estão de acordo com os princípios adotados na Convenção.

Na França, a situação da infância pode, de uma maneira geral, ser considerada privilegiada. Os sistemas de proteção e assistência à criança são eficazes, porém o Direito de Família não cessa de ser revisto e reformulado no sentido de acompanhar as tendências modernas e a constante intervenção do homem nos processos naturais de reprodução. Vários projetos de reforma estão atualmente em discussão visando, entre outros objetivos, adaptar a lei francesa às diretivas previstas na Convenção. Entre eles destacam-se o projeto que visa

facilitar a ação de investigação de paternidade e outro que pretende igualar os direitos sucessórios do filho adulterino com os do filho legítimo.<sup>9</sup>

A sociedade civil deve tomar consciência de que a proteção à infância constitui uma prioridade para as nações comprometidas em melhorar as condições e a qualidade de vida de suas populações. Primeiramente, conforme prevê a Convenção, deve ser assegurado a toda criança o direito a um nome, a uma nacionalidade, a uma família, e o direito de ser protegida de torturas e maus tratos. Não deve ser permitida discriminação de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de nascimento ou de qualquer ordem. Em suma, trata-se da consagração incondicional do princípio de igualdade de direitos entre todas as crianças.

## 6. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

### FRANCÊS E DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O estudo comparativo do Direito francês e brasileiro sobre a filiação extramatrimonial suscita grande interesse, levando-se em consideração que o Direito brasileiro recebeu notável influência das disposições do Código de Napoleão, especialmente no que concerne ao Direito de Família desde a promulgação do Código Civil de 1916.<sup>10</sup> A evolução destes dois sistemas jurídicos tomou rumos semelhantes, embora exista entre esses dois países muitas diferenças nos aspectos sociais, econômicos e culturais.

Pode-se constatar que a situação jurídica da criança nascida fora do casamento evoluiu de maneira progressiva nesses dois países, da mesma forma como ocorreu na maioria dos países ocidentais.

Antes da reforma de 1972, as disposições do Código Civil francês apresentavam uma grande hostilidade com relação aos filhos nascidos fora das relações do casamento de tal modo que proibia-se o estabelecimento da filiação dita adulterina ou incestuosa (art. 340, Código Civil de 1804). A filiação natural (decorrente da união de pessoas livres de impedimen-

<sup>9</sup> Trataremos detalhadamente destes projetos nos itens 9 e 11 do presente artigo.

<sup>10</sup> Este tema foi tratado em nosso estudo intitulado: *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*. Rennes, França, 1993, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito e de Ciência Jurídica, Universidade de Rennes I.

<sup>7</sup> *Convention sur les droits de l'enfant*. Paris: DEI/UNICEF, 1990.

<sup>8</sup> Sobre a adoção desta doutrina, ver MENDES, Emílio Garcia. *Das necessidades...*, op. cit., p. 97/98.

tos para se casarem) poderia ser estabelecida pelo único meio do reconhecimento voluntário. Embora essa legislação tenha recebido alguns retoques com o decorrer do tempo, esse sistema restritivo perdurou até a reforma realizada pela Lei de 3 de janeiro de 1972.<sup>11</sup>

No Brasil, a partir do Decreto-Lei n° 4.733, de 1942, que permitiu o reconhecimento e o direito de investigar a paternidade extramatrimonial, diversas leis esparsas, somadas ao abrandamento na aplicação das disposições da lei civil e a evolução do entendimento jurisprudencial, beneficiaram gradualmente os direitos do filho extramatrimonial antes que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6°, tenha estabelecido o princípio da igualdade de direitos entre todos os filhos.

A análise das modificações realizadas no Direito francês e brasileiro demonstra, primeiramente, o trabalho incessante do legislador visando adaptar a lei às modificações de valores da família e da sociedade moderna.

Foi possível observar que esses dois sistemas jurídicos progrediram muito nesses últimos anos, objetivando eliminar definitivamente as desigualdades entre os filhos e proporcionando a todos, dentro das possibilidades, o direito de conhecer seus genitores e de usufruir de um mínimo de assistência e proteção da parte deles.

## 7. A REFORMA DE 1972 NO DIREITO FRANCÊS

Na busca de reformular a concepção clássica do Direito de Família que protegia exclusivamente a família fundada no casamento e, com o objetivo de atribuir os mesmos direitos à prole extramatrimonial, foram realizadas reformas legislativas em vários países, entre as quais se destaca a reforma do Direito francês de 1972.

Esta reforma colocou um ponto final na distinção entre as diversas categorias de filiação e estabeleceu o princípio de igualdade de direitos entre todos os filhos. Sobretudo a valorização da verdade biológica da filiação implicou numa diminuição sensível da importância da presunção *pater is est*. Foi também consagrada a liberdade de provas da filiação, o que acarretou no reconhecimento de uma livre apreciação dos tribunais na análise destes elementos e no fortalecimento da função atribuída à posse de estado de filho, ou seja, à filiação vivenciada de fato.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> MASSIP, Jacques, MORIN, Georges, AUBERT, Jean-Luc. *La réforme de la filiation*. Paris: Défrenois, 1976.

<sup>12</sup> MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent. *Droit Civil: La famille*. Paris: Cujas, 1987, p. 220.

O legislador francês levou em consideração as aspirações essenciais da sociedade, privilegiando a noção de igualdade, seja entre marido e mulher, entre pai e mãe e entre os filhos e preocupou-se, igualmente, em abarcar a pluralidade de situações de vida familiar, prevendo direitos e garantias indistintamente à família fundada no casamento e à filiação legítima ou adotiva; aos casais casados sem filhos; a todas as pessoas físicas possuindo a guarda legal de crianças por filiação ou adoção; ou exercendo a autoridade parental ou tutela de uma ou mais crianças, de modo permanente.<sup>13</sup>

## 8. A VERDADE BIOLÓGICA E A VERDADE SOCIOLÓGICA NO DIREITO DE FAMÍLIA

A diretiva principal da reforma francesa foi o estabelecimento da filiação verdadeira. Todo o sistema de provas da filiação tende a descobrir e a garantir a verdade biológica. O contencioso da filiação se destina a reconhecer um estado de filiação que corresponda à verdade. Com esta finalidade, o sistema francês previu e incentivou o recurso aos métodos científicos de prova da filiação em seu artigo 340-1, n° 3 do Código Civil. Desta forma, os progressos trazidos pela ciência, seja na biologia ou genética, possibilitam a prova negativa da paternidade, com o máximo de certeza e mesmo, em certos casos, a prova positiva da paternidade. A ciência serve como árbitro quando se constata uma dúvida sobre a filiação ou um “conflito aparente de paternidades”.

A prática judiciária consagrou a utilização dos exames comparativos de grupos sanguíneos entre todos os outros modos de provar a filiação, juntamente com o registro de nascimento ou a posse de estado de filho.

A Lei de 3 de janeiro de 1972, como já mencionado, seguiu a tendência de não estabelecer diferenciações entre os diversos tipos de filhos. O fato a ser provado é uma maternidade ou uma paternidade, independentemente de ela existir dentro ou fora do casamento. No entanto, o princípio da verdade biológica só é aplicado plenamente quando se trata de solucionar um “conflito de filiações”. Na ausência de conflito, o estabelecimento da filiação depende principalmente da vontade individual do pai, da mãe ou mesmo do filho.

O legislador estabeleceu regras comuns aos filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Porém,

<sup>13</sup> CORNU, Gérard. *Droit Civil...*, op. cit., p. 13/14.

com relação aos meios de estabelecimento da filiação, foi necessário criar distinções entre as regras atinentes à cada filiação. As regras comuns a ambas são as presunções relativas à duração da gravidez e à posse de estado de filho. A primeira permite calcular a data aproximativa da concepção da criança, (entre 300 e 180 dias antes do nascimento). A princípio, a concepção pode ser fixada na data que melhor convier ao interessado, o filho. Essa presunção possibilita que haja eventualmente uma escolha entre uma filiação legítima ou extramatrimonial, no caso de separação de fato do casal ou de relações extraconjugais. Entretanto, a presunção poderá ser contrariada se existir uma impossibilidade comprovada de que a concepção da criança tenha se dado no período aludido.

Para estabelecer a existência de um laço de filiação, o Código Civil francês não leva somente em consideração a verdade biológica, também é levada em conta a realidade afetiva e sociológica, através da presunção estabelecida pela posse de estado de filho. Esta constitui-se de fatos que fazem presumir a existência do laço de filiação e que se denominam *nomen, tractatus e fama*. Supõe-se, através desta presunção, que a relação entre a criança e o adulto faça transparecer a existência de um laço paterno ou materno em virtude de a criança ser tratada como filho e, igualmente, ser reconhecida por outras pessoas como o sendo. É importante que exista o elemento de notoriedade do fato.

Além de ser constatada a existência destes fatos, é preciso que a posse de estado de filho seja contínua, pacífica e inequívoca. Estas exigências foram implementadas pela Lei de 25 de junho de 1982, a qual promoveu a posse de estado de filho como sendo um dos meios extrajudiciais de estabelecimento da filiação natural (art. 334-8, alínea 2 do Código Civil).

Se, efetivamente, a posse de estado de filho for reconhecida pelo “juiz de tutela”, este fornecerá um documento (ato de notoriedade) que servirá como prova da filiação, até prova em contrário. Esse meio de declaração da filiação facilitou sobremaneira a possibilidade de atribuir-se uma filiação completa à criança, diante da constatação de uma filiação vivenciada de fato.

No Direito pátrio, a posse de estado de filho não foi considerada pelo Código Civil como elemento que exterioriza a existência de um liame de filiação. Entretanto, mesmo que ela não tenha sido sequer mencionada pelo legislador, a jurisprudência tem, gradualmente, acordado certo valor à posse de estado de filho como meio

de prova da filiação, mesmo se este conceito não fora assumido claramente pelos tribunais.<sup>14</sup>

#### 9. AS LIMITAÇÕES DO DIREITO FRANCÊS QUANTO À LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO E AO PRINCÍPIO DE IGUALDADE ENTRE TODOS OS FILHOS

Com relação à liberdade de estabelecimento da filiação extramatrimonial, o Direito francês manteve uma restrição, mesmo que parcial, prevista no artigo 334-10 do Código Civil, atinente ao caso específico do filho nascido de relações advindas de um incesto absoluto, que é aquele havido de relações entre ascendentes e descendentes ou entre irmãos. Neste caso específico, somente poderá ser declarado um dos laços de filiação. Deste modo, quando a primeira filiação for estabelecida (materna ou paterna), ela obsta que a outra o seja. Essa restrição teria o intuito de proteger o filho de um possível trauma ligado ao conhecimento das condições de seu nascimento e dos efeitos que poderiam advir da notoriedade do fato.

No Brasil, não há mais nenhum interdito quanto ao estabelecimento dos laços de filiação. No entanto, o interesse das partes é que vai decidir quanto à oportunidade da declaração do laço de filiação em circunstâncias que envolvem relações incestuosas.

Quanto aos filhos “adulterinos”, a única distinção a ser feita concerne ao filho adulterino *a mater*. Neste caso, prevê o sistema francês que a filiação extramatrimonial pode ser declarada em quatro hipóteses:

(a) se o filho não se beneficiou da presunção legal de paternidade legítima;

(b) se o marido da mãe tenha impugnado a legitimidade do filho;

(c) se a criança tenha sido declarada pela mãe sem a indicação do nome do marido (art. 313-3 do Código Civil);

(d) quando o filho tenha sido concebido durante o período legal de separação judicial ou separação de fato do casal.

No Direito brasileiro, se a mulher casada concebe um filho de outro homem que não seu marido, e se a presunção de paternidade não é afastada, por iniciativa do marido, através de uma ação impugnatória de paternidade, nos termos do artigo 344 do Código Civil,

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. Encontro entre a verdade jurídica e a verdade sociológica, in *Estabelecimento da filiação...*, op. cit., p. 149 ss.



ou se a legitimidade não foi contestada nos casos previstos nos artigos 340 e 342 do Código Civil, estabelecer-se-á um “conflito de paternidades” quando o pai biológico almejar reconhecer o filho ou se a mãe desejar intentar a ação de investigação de paternidade em nome deste. Neste caso, para que a presunção de paternidade seja afastada, será necessário demonstrar em juízo a separação ininterrupta do casal, durante o período de concepção da criança.

Observa-se que no sistema brasileiro a declaração da mãe atestando que o filho não é de seu marido não basta para excluir a paternidade legítima, conforme dispõe o artigo 346 do Código Civil. Contrariamente, no Direito francês se a mãe omitir o nome do marido no momento de declarar a filiação, a presunção *pater is est* é descartada e a filiação paterna extramatrimonial poderá ser estabelecida.

No que se refere à filiação materna, esta se encontra estabelecida pela simples indicação do nome da mãe no registro de nascimento da criança (art. 313-2, n° 1, do Código Civil brasileiro e 334-8, n° 2, do Código Civil francês).

O sistema francês estabelece que na hipótese da criança já ter a filiação estabelecida e, em se tratando de uma filiação extramatrimonial, será necessário provar a inexatidão da primeira filiação através de uma anulação, possível pelo intermédio de uma ação em contestação de reconhecimento, para que a outra filiação possa ser estabelecida (art. 338, do Código Civil). Tratando-se de uma filiação matrimonial, será necessário precisar se a criança possui registro de nascimento e posse de estado de filho em conformidade com as indicações deste documento. Se existe título e posse de estado, nenhuma outra filiação contrária poderá ser estabelecida (art. 322, do Código Civil). Na ausência de posse de estado de filho, um reconhecimento de filiação, da parte de um outro homem que não o marido, é possível mesmo tratando-se de um filho aparentemente “legítimo”. No entanto, criar-se-á um “conflito de filiações”, o qual deverá ser solucionado pelos tribunais, conforme a interpretação dada ao art. 334-9 do Código Civil francês.

Pode-se perceber que, apesar de todos os abrandamentos que o legislador francês trouxe às restrições da lei em relação à filiação extramatrimonial, não foram atingidos de forma absoluta os objetivos do princípio do igualitarismo. Por exemplo, foram mantidas restrições principalmente em nível patrimonial, visando garantir os interesses dos filhos legítimos e o cônju-

ge, vítima de adultério, em detrimento dos interesses dos filhos ditos “adulterinos”. Neste sentido, dispõe o artigo 334, n° 3, do Código Civil que o filho adulterino terá seus direitos sucessoriais reduzidos pela metade quando concorrer com os filhos legítimos do seu genitor ou com o seu cônjuge.

Felizmente, visando extinguir essa discriminação, está em trâmite na Assembléia Nacional francesa um projeto de lei que tem o objetivo de suprimir esta limitação para estabelecer uma verdadeira igualdade de direitos entre os filhos, alinhando a condição sucessorial dos filhos adulterinos e legítimos.<sup>15</sup>

Tratando-se ainda das dicotomias existentes entre o Direito brasileiro e o Direito francês, caberia examinar, mesmo que de maneira sucinta, a ação alimentar francesa que, sendo de fácil acesso, destina-se a contribuir de modo eficiente à manutenção e ao sustento dos filhos que não possuem a filiação paterna legalmente estabelecida.

#### 10. A AÇÃO ALIMENTAR DO DIREITO FRANCÊS: A AÇÃO COM FIM DE SUBSÍDIOS

Quando a criança possui somente a filiação materna legalmente reconhecida, ela tem o direito de entrar com uma ação alimentar contra o suposto pai, que não a reconheceu voluntariamente. Em certos casos, o interessado não preenche os requisitos de admissibilidade para a ação de investigação de paternidade, restando-lhe, então, somente a opção de pedir alimentos.

No Direito francês, a prova da existência de relações sexuais entre a mãe e o suposto pai, durante o período de concepção, serve para possibilitar que uma prestação alimentar seja concedida à criança. Esta foi a maneira encontrada pelo legislador para responsabilizar o homem que não reconheceu o filho e que não contribui de maneira alguma ao seu sustento. A Lei de 3 de janeiro de 1972 criou assim a “ação com fim de subsídios” (*action à fins de subsides*) que, embora pareça muito com a antiga ação de alimentos do Direito francês, trouxe algumas inovações. De fato, essa ação prevista pelo artigo 342 do Código Civil foi concebida como uma forma de compensar a criança que não tem a filiação paterna reconhecida e que não obteve acesso à ação de investigação de paternida-

<sup>15</sup> Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional, em 23 de dezembro de 1991, Projeto n° 2.530, Paris, Assembléia Nacional.

de, em virtude de suas limitações e de sua complexidade, que são semelhantes àquelas previstas pelo Direito brasileiro.

Uma das características peculiares desta ação é que a existência da *exceptio plurium concubentium* (exceção de pluralidade de amantes) durante o período da concepção da criança, não tem o efeito de bloquear o prosseguimento normal da demanda. A mãe tem a possibilidade de nomear todos os “possíveis pais” de seu filho a fim de que seja determinada em juízo qual a paternidade mais provável. Deste modo, cabe ao juiz decidir quem prestará os alimentos à criança.

No Direito pátrio, a alegação da exceção de pluralidade de amantes pode ter o efeito de impedir que a criança obtenha a prestação de alimentos e isso, em virtude da conduta de sua mãe. Enfim, pune-se o filho pela provável conduta “imoral” de sua genitora, sem que seja discutida a probabilidade da existência ou não do laço de paternidade alegado pela mãe.

No sistema francês, excepcionalmente poderá haver a condenação de dois ou mais homens a prestar os alimentos à criança. Neste caso, ficando provada a existência das relações sexuais da mãe com mais de um indivíduo, durante o período legal de concepção e havendo dificuldade em identificar-se qual o genitor da criança, o juiz pode condenar dois ou mais homens a prover o sustento desta. Para configurar-se tal hipótese, é necessário ainda que tenha havido uma falta, como, por exemplo, uma sedução dolosa, o recurso de violências ou até mesmo a não-utilização de meios contraceptivos.<sup>16</sup> Também é considerada a existência de uma promessa de auxílio financeiro ou de reparação de prejuízos causados à mãe, para que a indenização seja dividida entre dois ou mais homens (artigo 342-3, do Código Civil).

Observa-se claramente que o objetivo da ação com fim de subsídios é não privar de meios de subsistência o filho, por motivos relacionados com a vida íntima de sua mãe, mesmo quando existem dúvidas quanto à existência do laço de filiação. O fundamento indenizatório da ação descarta os argumentos de ordem moral, que não

<sup>16</sup> Os tribunais têm considerado diversas situações a fim de garantir a prestação da pensão à criança, mesmo que esta tenha que ser dividida entre mais de um homem. Ver a acórdãos: Trib. gr. inst. Bourg-en-Bresse, 12 de fevereiro de 1974, Lyon, 29 de janeiro de 1975, Aix-en-Provence, 12 de dezembro 1974, Paris, J.C.P., 1975, IV, p. 6511.

têm o poder de impedir o sucesso da demanda.

Entretanto, a utilidade desta ação é atualmente discutida pela doutrina francesa que prevê o seu desaparecimento, pois se a ação é baseada no risco de paternidade do homem que manteve relações sexuais com a mãe durante o período da concepção, havendo recurso aos exames científicos que permitem a constatação da filiação, não haveria mais a dúvida ou o risco de paternidade.<sup>17</sup> Deste modo, a paternidade poderia ser declarada e a criança teria sua filiação estabelecida de modo completo e seria beneficiária de todos os efeitos jurídicos dela decorrentes, bastando utilizar-se dos exames sanguíneos para comprovação da paternidade.

No estado atual do Direito francês, cabe à mãe decidir da oportunidade de intentar uma ação com cunho meramente alimentar, no caso da ação com fim de subsídios ou optar por aquela que tende a declarar o estado de filiação, a ação de investigação de paternidade. Os motivos de ordem pessoal têm levado as mães a optarem pela ação alimentar, pois obtêm uma ajuda financeira do genitor da criança sem conceder-lhe nenhum direito relativo ao exercício da autoridade parental, direito de visitas ou participação na educação do filho. Igualmente, a ação com fim de subsídios é juridicamente mais acessível e dispõe de celeridade processual, fatos que ainda justificam sua utilidade em detrimento dos inúmeros requisitos e obstáculos existentes para obter-se sucesso em uma ação de investigação de paternidade.

## 11. AS PERSPECTIVAS DE REFORMAS DESTINADAS A FACILITAR O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

Embora todos os progressos realizados no âmbito do Direito de Família, tanto na França quanto no Brasil, aos quais tivemos a oportunidade de dedicar uma breve abordagem, restam reformas de grande importância que devem ser concretizadas objetivando proporcionar a todas as crianças o direito de ter a filiação legalmente estabelecida e de usufruir dos mesmos direitos garantidos aos filhos havidos no casamento.

De maneira concreta, trata-se primeiramente da supressão dos pressupostos de admissibilidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, admitindo-se que ela seja

<sup>17</sup> HAUSER, Jean, HUET-WEILLER, Danielle. *Traité de Droit Civil. La Famille*: Fondation et vie de la famille. Paris: L.G.D.J, 1989, p. 449.

intentada livremente e com apoio de todos os meios de prova. Deste modo, as ações meramente alimentares não teriam mais utilidade. Este é o objetivo almejado por outro projeto de lei francês que adota um regime de liberdade para a propositura da ação, permitindo a apresentação de toda e qualquer prova que ateste a existência do liame de filiação.<sup>18</sup> Parece ser este o caminho tomado pelo Direito francês, que busca adaptar-se aos princípios fixados pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, particularmente no que concerne o direito de toda criança de conhecer sua origem e de crescer em um ambiente familiar.

No que tange ao Direito brasileiro, este inovou criando a averiguação oficiosa da paternidade, prevista pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, a qual atribuiu ao Ministério Público a iniciativa de intentar a ação de investigação de paternidade quando conste apenas a filiação materna no registro de nascimento do menor e, em havendo elementos suficientes que possibilitem obter o reconhecimento da filiação paterna. Esta lei representa um grande passo no sentido de colocar em prática o direito de toda criança ter um pai e uma mãe, e de incumbir a responsabilidade de criá-la ou, pelo menos, de colaborar com o seu sustento e sua educação.

Espera-se que, num futuro próximo, sejam demolidas as últimas barreiras jurídicas, possibilitando que toda pessoa tenha garantido o direito de conhecer seus genitores e de ter a filiação estabelecida de modo completo. Que o acesso aos avanços tecnológicos para determinação da filiação seja indistintamente proporcionado às pessoas ricas quanto às pobres e assim, na busca da verdade biológica, o princípio da igualdade estará sendo devidamente aplicado. No entanto, com o desejo de reconhecer a todos o direito a uma vida familiar, não poderíamos esquecer de atribuir um expressivo valor à posse de estado de filho, pois quando os laços criados pelo afeto e pela dedicação se asseveram mais importante que os laços sanguíneos, significa que portanto, estes elementos exteriorizam com fidelidade a idéia de laços familiares e devem ser devidamente considerados.

<sup>18</sup> Projeto de lei apresentado à Assembléia Nacional, em 23 de dezembro de 1991, Projeto nº 2.531, Paris, Assembléia Nacional.

## Bibliografia

- BENABENT, Alain. *Droit Civil: la famille*. Paris: Litec, 1991.
- BIOULAC, M.B. "Rapport d'information sur la bioéthique". *Recueil de Jurisprudence Dalloz*. Paris: Dalloz, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto (Direção). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOTTIAU, A. "Empreintes génétiques et droit de la filiation", *Recueil de Jurisprudence Dalloz*. Paris: Dalloz, p. 271, 1989.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*. Tese de Doutorado. Universidade de Rennes I, Rennes, França, 1993.
- BUFFELAN-LANORE, Yvaine. *Droit Civil: la famille*. Paris: Masson, 1989.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: la famille*. Paris: PUF, 1989.
- CLERGERIE, Jean-Louis. L'adoption d'une Convention Internationale sur les Droits de l'enfant, *Revue de Droit et de Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, p. 435-451, 1990.
- CORNU, Gérard. *Droit Civil: la famille*. Paris: Montchrestien, 1991.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- \_\_\_\_\_. (Coordenador). *Comentários à Lei nº 8.560/92: averiguação oficiosa e investigação de paternidade*. Curitiba: Genesys, 1995.
- FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- MENDES, Emílio Garcia; COSTA; Antonio Carlos Gomes. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994 (Série direitos da criança).
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Direito de Família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Danielle. *Traité de Droit Civil*. Paris: L.G.D.J., 1989, La Famille: fondation et vie de la famille.
- MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent. *Cours de Droit Civil: la famille*. Paris: Cujas, 1987.
- MASSIP, J.; MORIN, G.; AUBERT, J.-L. *La Réforme de la Filiation*. Paris: Défrenois, 1976.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. Parte especial, tomo 09: Direito de Família, Direito Parental e Direito Protetivo.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 6 v. v.6: Direito de Família.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 7.v. v.6: Direito de família

SIQUEIRA, Liborni (Coordenador). *Comentários ao*

*Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THEODORO Jr., Humberto. *Direito de Família*. São Paulo: Leud, 1987.

WALD, Arnoldo. *Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.