

Da Filiação no Novo Código Civil

FLÁVIO LAURIA

Procurador do Estado/RJ. Advogado.

Começo a exposição di-

zendo que não vejo como motivo de comemoração nem de satisfação a aprovação do novo Código Civil. Assim como os Professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachim e Maria Celina Bodin de Moraes, entendo que o novo Código Civil representa um retrocesso. Os senhores poderiam pensar: será que essa crítica já não é extemporânea, será que ela não deveria cessar já que o projeto foi aprovado, está na *vacatio* e entrará em vigor no ano que vem? Na verdade, essa crítica é atual, porque devemos tomar o maior cuidado para não permitir que na entrada em vigor do novo Código Civil haja retrocesso em terrenos nos quais obtivemos recentes conquistas importantíssimas, sobretudo pelo advento da Constituição de 1988 e também pelos diplomas legais que sucederam a Constituição de 1988, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.009/90.

Além disso, há outras áreas que precisam e clamam por mudanças de perspectiva e de metodologia de trabalho para permitir soluções adequadas ao atual panorama de demanda de tutela jurídica por parte da sociedade. É verdade que o código, em alguns pontos, tem avanços positivos, mas creio que a codificação como metodologia ou como método legislativo não se apresenta de forma suficiente e eficiente para dar conta dos atuais problemas jurídicos que temos que resolver.

A codificação é uma técnica legislativa desenvolvida a partir do Século XIX, tendo como precursor o Código Napoleão, expressão de uma metodologia essencialmente burguesa, utilizada para

consagrar os institutos burgueses, por conta da ascensão da burguesia ao poder e com todas as suas conseqüências. Alguém poderia dizer que vários países socialistas, no século XX, adotaram também a codificação como método e fizeram os seus Códigos Civis. A codificação traduz uma idéia de estabilidade, uma idéia de completude, uma idéia de manutenção das coisas como elas estão. Essa idéia, essa perspectiva é muito complicada em um país que tem tantos compromissos com a transformação. Vivemos em um país onde o Estado e a sociedade estão em débito com os seus próprios membros. O constituinte de 1988 assumiu diversos compromissos sérios de erradicação da pobreza, de construção de um país mais justo e igualitário. A idéia de estabilidade, ou seja, manter as coisas como estão, implica em manter os miseráveis na miséria, em manter os ricos cada vez mais ricos.

A codificação traz também a idéia de que o Direito Civil seria um direito próprio para se trabalhar com tipos. Isso é uma idéia muito forte, que contamina o nosso dia-a-dia. Vejam que quando Larenz diz que a tópica não vai servir a ramos do Direito próprios para se trabalhar com tipos, que seria mais próprio do Direito Público, onde se trabalha com princípios com maior facilidade, está aí expressando uma idéia fundamental: de que os princípios não seriam bem-vindos no Direito Civil, que o Direito Civil é o direito do Código que dá segurança para o juiz porque dá aquela solução *a priori* prevista na moldura do tipo legal, que vem acompanhado da respectiva conseqüência. É essa a mudança de perspectiva que se tem que impor porque a legislação através de tipos não dá conta dos novos problemas da sociedade, que

Palestra proferida no Seminário realizado em 09/08/2002

impõe situações novas, transformações que demandam solução urgente, que o legislador não consegue acompanhar, nem através de medidas provisórias.

Vimos, através da retórica, da necessidade de regulamentação urgente e da morosidade do Congresso, o uso excessivo de medidas provisórias, desde a edição da Constituição de 05/10/88. E nem esse uso excessivo de medidas provisórias, o Executivo legislando, foi capaz de dar conta, de resolver os novos problemas, as novas situações que a toda hora surgem e a toda hora exigem um debate profundo e a utilização dos princípios como instrumento fundamental para aproximar os interesses em conflito dos valores estabelecidos. A partir da posição que esses valores ocupam na hierarquia estabelecida pela Constituição, ter-se-á a possibilidade de encontrar com maior facilidade a solução do caso concreto.

A codificação traz, ainda, uma idéia de completude. O Código Civil nasce com a pretensão de ser absoluto, como o Código Napoleão. O que não está no Código, não existe para o Direito Civil.

Essa é a idéia inicial da codificação e é uma idéia ainda muito forte. Nesse aspecto temos vários problemas, porque quando temos leis especiais que disciplinam institutos de forma detalhada, de forma atualizada, de forma mais compatível com os atuais parâmetros constitucionais, surge o Código com a pretensão de completude, criando áreas de choque que nos vão levar a situações bastante complicadas.

Há pareceres no sentido da inconstitucionalidade de diversos dispositivos, mas o mais importante é ter o cuidado na hora de interpretar as disposições do novo Código Civil, para não se deixar contaminar pelo seu espírito. Um espírito que tem muito mais a ver com o Código de 1916 e com os valores que o Código de 1916 tutelava, do que com os valores consagrados pela Constituição de 5 de outubro de 1988, que como fonte hierarquicamente superior de normas jurídicas, têm prevalência e não pode ser afas-

tada por nenhuma disposição infraconstitucional. Essa crítica pode parecer uma incoerência, pois vim aqui falar sobre o novo Código e começo criticando a própria edição do novo Código, porém a crítica permanece atual por conta dessa advertência que acabei de fazer às senhoras e aos senhores.

É preciso ler o novo Código Civil à luz da Constituição. É preciso interpretar cada um dos seus dispositivos de forma sistemática, de forma a compatibilizá-lo com os postulados constitucionais. Tendo essa preocupação, acredito que conseguiremos evitar os retrocessos, caso contrário, corremos o risco de andarmos para trás em vários setores do direito e da vida privada, que conquistamos e nos quais avançamos nesses últimos quatorze anos.

Uma prova disso é a perspectiva com que o Código Civil trata da família. Sabemos que, no Código de 1916, a família era uma família organizada em torno do casamento. O espírito dessa família monolítica, matrimonializada do Código de 1916, permeou o novo Código. Vemos, por exemplo, que a união estável foi tratada de maneira bastante superficial. A estrutura do Código foi, inicialmente, projetada para a família matrimonializada.

É preciso voltar os olhos para as bases da família que constituiu o Código de 1916 e compará-la com as bases da família constitucionalizada, da família cujos valores estão estabelecidos nos dispositivos da Constituição de 5 de outubro de 1988. Quais eram as características da família que inspirou o Código de 1916? Orlando Gomes se referia à família pré-industrial, uma família que provia o próprio sustento, uma família que se constituía em uma verdadeira unidade de produção.

Nessa perspectiva, o *pater* era o chefe dessa unidade de produção e sob seu império estavam todos os membros da família, não apenas os membros ligados por laços de sangue, mas todas as pessoas que viviam e dependiam da produção doméstica, desde o período da es-

cravidão até o período pré-industrial. É óbvio que com as transformações, com a industrialização, com a urbanização da família, essa família vai mudando o seu papel, a sua função vai sofrendo uma mutação, que vai ter repercussão no plano jurídico. Podemos mencionar, por exemplo, uma mudança de perspectiva quando os membros da família passam a buscar o sustento fora da família, passam a buscar os meios de prover a própria subsistência nas fábricas, nas instituições de estrutura empresarial.

Um outro momento fundamental é a emancipação econômica da mulher. É muito mais fácil dominar quando se tem a sujeição econômica. Na medida em que a mulher vai conquistando a sua independência econômica, ela começa a ter instrumentos fortes para resistir à dominação do marido.

Nada acontece em um estanque. Trata-se de processo longo em que as transformações se verificam e há um conflito de valores permanente.

É interessante ver a função que teve, e falando já de filiação, a classificação legitimidade e ilegitimidade. A disciplina da filiação na família hierarquizada e matrimonializada é uma disciplina que gira essencialmente em torno da filiação legítima, que é aquela que está ligada ao casamento, a um casamento válido. Com isso, criaram-se obstáculos de inegável eficácia à distribuição de riqueza. Houve uma época que o contato entre as classes mais favorecidas e as menos favorecidas era maior, principalmente na família pré-industrial. Na fazenda, onde se produzia tudo o que a família precisava para a sua subsistência, conviviam os escravos, depois ex-escravos, libertos, capatazes, junto com os filhos do dono da terra, do *pater*. Sabemos, e os livros de História registram, que eram freqüentes relações entre os senhores e seus escravos e ex-escravos. (Aliás o problema do assédio até hoje preocupa; hoje, já sancionado diretamente). Na época da escravidão, era inclusive uma das formas ordinárias de se utilizar escravos. Imaginem o

que seria da distribuição de riqueza se cada filho do senhor com escrava ou ex-escrava se tornasse herdeiro da família, se entrasse para a família.

Então, havia o matrimônio e o estatuto de acesso ao matrimônio, ao lado da filiação legítima, como instrumentos fortíssimos que obstaculizavam esse acesso. Era como uma cerca protetora, um campo de força a proteger a família, e protegendo a família, na verdade, estava protegendo os valores das elites dominantes. Com as transformações, isso tudo perde o sentido. Hoje, falar em filiação legítima e ilegítima, independente da Constituição ter estabelecido a igualdade e ter sepultado esse código discriminatório, hoje já não tem mais função, já não tem mais finalidade. Hoje, todos os filhos são filhos e pronto. Filho é filho, tem pai e mãe, independente de qualquer vinculação dessa relação a um casamento pré ou pós-existente. Então, é com essa visão que vejo a família em função da dignidade dos seus membros, como um instrumento de realização existencial de seus membros. É com esses olhos que devemos interpretar, que devemos olhar todos os dispositivos do novo Código Civil.

De acordo com o princípio da interpretação conforme a Constituição, devem-se adaptar sempre que possível os dispositivos do novo Código de forma a não violar os preceitos constitucionais. Começo aqui, em inevitável análise mais detalhada dos artigos, embora tenha me preocupado em selecionar pontos que achei mais importantes, porque talvez não haja tempo de uma análise mais detalhada de artigo por artigo. Muitos artigos do novo Código repetem dispositivos que já estavam no Código anterior ou em legislação esparsa.

Começamos com o artigo 1.596 do novo Código que diz o seguinte: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Essa redação resultou de emenda do Senado. A redação do dis-

positivo no projeto original trazia o mesmo código de discriminação: legitimidade/ ilegitimidade. Tratou-se de emenda para adaptar o texto do novo Código à Constituição. Essas adaptações, todavia, não são capazes de modificar o espírito. Vamos ver, mais à frente que, apesar dessas modificações, em vários pontos há elos que nos conduzem à perspectiva matrimonializada, à perspectiva patrimonialista do Direito Civil Clássico.

Há um outro problema no artigo 1.596. E aí acho que já é um problema de dimensão argumentativa. Esse dispositivo praticamente repete o texto da Constituição. Vamos encontrar um outro problema do Direito Civil Contemporâneo: a extrema dificuldade que se tem, na prática, de se aplicar a Constituição diretamente às relações privadas. Isso ocorre muito por conta do que acostumamos a identificar como Direito Público e Direito Privado e a eficácia argumentativa subliminar dessa distinção.

Imaginem a seguinte situação: estamos em uma Vara de Fazenda Pública; logo, não haverá nenhuma dificuldade em anular, por exemplo, um ato de demissão de um servidor público, caso se tenha verificado que não havia sido observado o contraditório ou ampla defesa no respectivo processo administrativo com base no que está na Constituição, no artigo 5º, inciso LV, independente de existir eventual lei ordinária estabelecendo, para aquele caso, a observância do contraditório e ampla defesa.

Quando transportamos o problema para uma Vara Cível, a dificuldade de aplicar a Constituição diretamente às relações interprivadas é muito grande. Sempre se recorrerá a um dispositivo de conteúdo principiológico, por exemplo o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente ou o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, para resolver uma questão que muitas vezes poderia ser resolvida (por exemplo uma questão de relação de consumo) com base no artigo 170 da Constituição. Enfim, no Direito Privado ainda se resiste a isso porque o Direito Constitucional, como um

ramo do Direito Público, tem lá a sua aplicação restrita. Há certa facilidade de aplicação quando a norma constitucional é expressa, especifica tendo um grau de generalidade menor. Quando a norma constitucional é principiológica, há uma dificuldade flagrante.

A redação do art. 1.596 do Código Civil dá a impressão de que haveria a necessidade da intermediação legislativa para a concretização desse valor constitucional. Tal intermediação é, todavia, desnecessária. A Constituição se aplica diretamente às relações privadas por ser fonte formal de normas jurídicas. Não é preciso recorrer a maiores instrumentos exegéticos para se chegar a essa conclusão. A Constituição é uma fonte formal, hierarquicamente superior a todas as outras, inclusive o que, a princípio, até excluiria a incidência da lei, porque se a Constituição é superior e está alcançando aquela área determinada, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional de dispor sobre aquela matéria, seria ineficaz, porque não poderia tocar ali por um problema de hierarquia normativa, fosse para modificar o que o constituinte estabeleceu, fosse para confirmar.

Vejam o artigo 1.597, com o qual temos uma preocupação muito grande. O referido artigo trata da presunção de paternidade. Temos algumas situações previstas que repetem o Código anterior, e alguns dispositivos novos que têm por objetivo disciplinar situações novas, situações geradas pelo avanço tecnológico, sobretudo em matéria de reprodução humana assistida. Aqui o nosso cuidado tem que ser muito grande, porque esse ponto é extremamente complexo. Falar em reprodução humana assistida implica uma profunda discussão sobre os valores fundamentais da ordem jurídica. Todo o avanço científico, todo avanço tecnológico só se legitimam na medida em que seus resultados servem à dignidade da pessoa humana. Em algumas situações é bastante claro, é bastante fácil identificar o que serve e o que não serve. Em outros

casos, só através do debate, só através de uma reflexão mais profunda é possível chegar a uma conclusão a que, na grande maioria das vezes, não encontrará unanimidade.

Dispõe o artigo 1.597:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”.

A presunção de concepção, aqui, estaria ligada à presunção de legitimidade. Na realidade, quando o Código de 1916 falava em presunção de concepção, “presumem-se concebidas na constância do casamento”, estava fundado na idéia de que a filiação legítima (e esta é a única que importa em uma perspectiva hierarquizada, patrimonialista) estaria ligada ao casamento.

Então, pelo texto do Novo Código, o que importa é saber se houve ou não concepção à época do casamento, quando isso, na realidade, é um ranço dessa perspectiva conservadora.

Quanto aos incisos I e II do artigo 1.597, alguns autores costumam falar no prazo de dez meses, outros falam em seis meses, mas, na verdade o prazo é em dia. É preciso ter atenção porque há diferenças práticas. O prazo em dia se conta dia a dia, o prazo em mês não. Neste se repete o dia do termo *a quo*, e apenas se avança nos meses. Há uma diferença prática porque o *dies ad quem* do prazo vai variar dependendo do prazo ter sido estabelecido em dias ou em meses. Com relação ao inciso I, se o prazo é de cento e oitenta dias e o *dies a quo* é 5 de agosto de 2001, o *dies ad quem* será no dia 1º de fevereiro de 2002. Se a lei estabelecesse o prazo em meses, o termo final seria 5 de fevereiro de 2002. É preciso apenas atenção, porque encontro com alguma frequência alguns autores afirmando que os prazos em questão são

de dez meses, e de seis meses, respectivamente.

Os outros incisos do referido artigo vêm tratando do problema da reprodução humana assistida. Aqui, a nossa atenção tem que ser total. No inciso III, o legislador dispõe o seguinte:

“III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

A fecundação homóloga é aquela onde só entram os gametas do casal interessado na reprodução - o óvulo da mulher e o espermatozóide do homem. Há uma discussão profunda sobre o problema dos limites da reprodução humana. Uma questão que surge, e aqui o legislador está tratando desse problema só no que diz respeito ao casamento, é se haveria legitimidade na realização desse procedimento, por exemplo, em uma mulher que não fosse casada nem companheira? Nesse sentido, está em tramitação no Congresso Nacional, um projeto-de-lei que tem por objetivo regulamentar a reprodução humana assistida. É um projeto que não traz nenhuma disposição sobre Direito de Família. Regulamenta apenas o procedimento - estabelece normas para a sua realização. Esse projeto foi elaborado de acordo com a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Um problema muito bem analisado pelo Prof. Álvaro Villaça, em artigo que eu tive a oportunidade de ler. E o que é que acontece? No projeto, a lei é expressa no sentido de admitir a reprodução assistida em mulher não casada e nem companheira. Sobre o tema, há posições e artigos como o do Prof. José Manuel Soeiro, em que se combate essa possibilidade, afirmando-se que, se a criança tem direito a ter pai e mãe, à mulher solteira não seria recomendável a realização desse empreendimento.

Mas só para se ter idéia de como essa questão é complicada e o debate pode se aprofundar, vamos pensar na mulher que optou por não se casar e tem o desejo de ter filho - o que é, sem sombra de dúvida, uma fonte incrível de re-

alização pessoal, pois tenho duas filhas e posso dizer isso de conhecimento próprio. Então, seria algo trágico, por outro ângulo, adotar uma posição mais radical. Nesse sentido, há uma outra disposição aqui que também merece nosso cuidado porque se fala em “mesmo que falecido marido” e aí vem a pergunta: É possível realizar o procedimento com o pai já falecido do ponto de vista físico? Não me refiro à possibilidade técnica, mas sim à possibilidade do ponto de vista jurídico, de realizar o procedimento com o pai já falecido. Há uma orientação também contrária nesse sentido expressa no artigo do Prof. José Manuel Soeiro.

No projeto de lei não há uma decisão expressa do legislador sobre esse ponto. E há um dispositivo que, interpretado de acordo com a norma do Novo Código, pode até autorizar uma conclusão positiva de que seria possível a realização desse procedimento com o pai falecido, que é a possibilidade (e isso está previsto no Projeto de Lei, que reproduz a resolução do Conselho Federal de Medicina) de que o marido e a mulher estabeleçam, através de um documento escrito, o destino que dariam ao material criopreservado, mesmo após a morte. Logo, pode-se deduzir que haveria a possibilidade citada. Particularmente, não vejo com bons olhos essa solução. Há um caso, narrado no artigo do Professor Álvaro Villaça, ocorrido em São Paulo, no Hospital Albert Einstein: uma noiva queria engravidar usando espermatozóide criopreservado do noivo que havia falecido. A questão foi submetida a exame do Conselho Regional de Medicina, que acabou entendendo que não seria o caso de se autorizar esse procedimento, o qual não foi realizado. Vejam que a questão é bastante complexa. Não vejo com bons olhos e também não há uma decisão clara do legislador aqui, porque a expressão, “*mesmo que falecido o marido*”, pode significar falecido após o procedimento, mas antes do nascimento. De qualquer forma, é o caso de se verificar também a vontade

do marido. O Projeto de Lei, pelo menos, estabelece a obrigatoriedade de uma declaração formal nesse sentido.

Ainda tratando da reprodução humana homóloga, temos aqui o problema do inciso IV do artigo 1.597 do novo Código Civil que dispõe:

“IV - Havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

O que são embriões excedentários? São aqueles que não são utilizados. Como é feito o procedimento? Depois da coleta do material, produzem-se vários oócitos ou pré-embriões que serão depositados na receptora. É possível que nem todos os embriões sejam utilizados. Os que sobrarem são considerados embriões excedentários. Sobre o ponto há uma discussão ampla também, e inclusive, posições no sentido de que os embriões excedentários devam ser evitados, salvo se houver risco para a saúde da mãe, porque ali já haveria o início da geração de um ser humano, sendo os seus interesses dignos de proteção. Entretanto, o projeto de lei, que trata da reprodução assistida, parece ter previsto a possibilidade de embriões excedentários, estabelecendo uma disposição no artigo 11 que, embora não esteja diretamente ligada ao Código Civil novo, diz respeito ao problema dos embriões excedentários e será útil na identificação das soluções dos problemas que virão pela frente. Está assim redigido:

“Art. 11. As clínicas, centros ou serviços podem criar e preservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões”.

A criação e preservação consiste na manutenção dos embriões em nitrogênio líquido. Trata-se de processo muito caro, ao qual poucas pessoas têm acesso, mas, podemos concluir que o avanço tecnológico, deve baratear esse procedimento, que pode vir a alcançar, se for popularizado, uma dimensão que hoje não tem, como aconteceu com o computador, por exemplo, que quando foi criado era um privilégio de poucas pessoas porque custava milhões de dólares. E,

hoje, está aí ao acesso de muitos.

O parágrafo 1º, do artigo 11 do projeto dispõe:

“§ 1º. O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”.

Está aí prevista expressamente a possibilidade de embriões excedentários. O legislador, no projeto, está preocupado com a proteção da personalidade desses embriões na medida em que veda a sua destruição ou o seu descarte. E o que fazer, então, com esses embriões excedentários? Eles seriam criopreservados e o casal decidiria o seu destino. Mas o legislador fecha a possibilidade de decisão quando proíbe a sua destruição e o seu descarte e quando estabelece, no parágrafo 2º, o seguinte:

*“§ 2º. No momento da criopreservação os cônjuges ou companheiros devem expressar a sua vontade por escrito quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos e **quando** desejam doá-los”.*

Seria o caso de imaginar a obrigatoriedade da doação e “doá-los” significa utilizá-los em um processo de reprodução humana assistida heteróloga.

Então, aqui, estamos tocando em um ponto delicadíssimo, porque a conservação dos embriões excedentários é caríssima. Imaginem a seguinte situação: vamos supor que o casal tenha estabelecido a criopreservação por um lapso de tempo e não arque com as despesas. Seria lícito imaginar a utilização desses embriões excedentários em outras pessoas? Sem contar com o fato de serem fortes os argumentos dos que defendem a vedação desse procedimento. O Código Civil, nesse ponto está, até em sintonia com o projeto, prevendo implicitamente a possibilidade de embriões excedentários. Acho que essa matéria mereceria um maior aprofundamento

pelas repercussões que tem no plano da dignidade da pessoa humana.

Trataremos agora de um problema maior ainda, o da inseminação artificial heteróloga. Dispõe o inciso V do art. 1.597:

“V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

A própria inseminação artificial heteróloga é objeto de diversas opiniões em contrário. Há quem sustente ser contrária ao direito a própria realização da reprodução assistida heteróloga, aquela que é feita com gametas de outras pessoas, que não os do casal. E aí os problemas são vários. Não há como negar que o direito à identificação é um direito da personalidade. Mas o procedimento, tanto no que diz respeito ao doador como ao receptor, preserva o anonimato de todos. Há a obrigatoriedade de manter-se tanto o doador como o receptor em sigilo. Eu doo, não sei para quem vai e quem está recebendo não sabe de quem veio. Como compatibilizar tal prática com o direito à identificação? E mais, há um problema de relações incestuosas involuntárias. Existe a previsão de limitação de doadores gerando pessoas de sexos diferentes a partir de um determinado número de habitantes por região. Mas isso também não elimina, embora reduza, os riscos dessas relações. É claro que se duas pessoas, um homem e uma mulher foram gerados através de reprodução assistida heteróloga do mesmo doador, são irmãos sem saber, então podem se conhecer e se interessar um pelo outro, iniciando uma relação incestuosa involuntária, com diversos problemas decorrentes. Mas o Código admite, implicitamente, e nesse ponto está também em sintonia com o projeto - a inseminação artificial heteróloga.

Quero aqui tecer três comentários sobre a interpretação do dispositivo, que no meu modo de ver são fundamentais: em primeiro lugar, quando se admite inseminação artificial heteróloga, a solução dada ao problema tinha que ser a adotada pelo Código Civil, não podia ser

outra. Por que? Sem esse dispositivo, qual é a situação do filho gerado por inseminação artificial heteróloga? Ele sabe quem é a mãe, mas não sabe quem é o pai. Se o pai social, se o marido da mãe, registra o filho, não fosse essa disposição, estaria cometendo uma “adoção à brasileira” porque a verdade biológica é diferente do que está lá registrado, o que seria algo absolutamente problemático. Portanto, a se admitir a reprodução heteróloga, o pai tem que ser o marido da mãe e não o doador, em hipótese alguma. Isso, sem entrar na discussão da questão do direito à identificação.

O pai tem que ser o marido da mãe, e por conta disso (segundo comentário), a presunção aqui é absoluta. Obviamente, as presunções estabelecidas nos outros incisos podem ser afastadas, pois levam em consideração a verdade biológica provável. Já no caso do inciso V, o legislador, de antemão, sabe que a solução dada ao problema se distancia da verdade biológica. O legislador sabe muito bem que o pai não é o marido, mas estabelece a paternidade sobre o marido desde que tenha prévia autorização deste. Aqui pode surgir uma indagação: a autorização tem que ser por escrito ou pode ser verbal, tácita etc? Na regulamentação do Conselho Federal de Medicina, assim como no projeto de lei, qualquer procedimento de reprodução humana assistida, pressupõe o consentimento informado por escrito de ambos: marido e mulher ou companheiro e companheira. No caso de a mulher pretender submeter-se ao procedimento por conta própria, se for casada ou companheira, precisa da autorização do companheiro ou do marido por escrito. Mas como o projeto de lei, por enquanto é ainda projeto, há de se levar, aqui, em consideração que o Código não estabeleceu exigência de forma, e não estabelecendo, por qualquer meio poder-se-ia provar esse consentimento.

Uma outra questão: e quanto à união estável? Nesse ponto o projeto de lei sobre reprodução humana assistida é mais avançado que o Novo Código Ci-

vil. Lá há previsão do procedimento por casal casado e por casal que vive em união estável. Já o dispositivo do Código só se aplicaria, numa primeira leitura, ao casamento. Mas vejam, ele tem que ser aplicado também à união estável. E por quê? Não por eventual alegação de equiparação ou de igualdade entre casamento e união estável, pois, como se sabe, são institutos diferentes, mas, sobretudo, pela igualdade entre os filhos, advindos do casamento e da união estável. Porque, caso contrário, a conclusão seria a seguinte: o filho advindo do casamento, é filho do marido da mãe; o filho advindo da união estável, é filho de banco de sêmen, o que criaria uma situação discriminatória, sem qualquer amparo. Dessa forma, em se tratando de reprodução heteróloga - isso é fundamental, porque em uma reprodução homóloga não há problema, pois o pai vai ser sempre o companheiro - , o problema é grave, porque se não se puder chegar a uma conclusão jurídica de que o pai é o companheiro da mãe, a verdade biológica apontará para outro caminho.

E aqui temos um outro problema que exigirá um esforço exegético, que é quando se fala em inseminação artificial heteróloga. Pode se ter a impressão de inseminação em que se está usando o material de outro homem, porém também há possibilidade de usar material de outra mulher. E, aliás, havia me referido, há pouco, à possibilidade de o casal dispor e determinar quando os embriões excedentários seriam doados. Se eles serão doados, o serão para um outro casal e o óvulo, logo, não será da receptora. Então é preciso se interpretar isso para dizer: quem será a mãe? Deve ser considerada mãe a mulher ou acompanhadora, porque seria desrespeitar os princípios constitucionais aplicar esse dispositivo para considerar a presunção aplicável apenas ao marido. Pode-se dizer que aqui temos duas presunções absolutas. E, como se sabe, presunção absoluta, na verdade, não é presunção, apenas é um delimitador da hipótese de incidência da norma jurídica. Na

reprodução humana heteróloga, pai e mãe serão o casal receptor, sempre, em qualquer situação. Mas, claro, desde que haja o consentimento. E aí pode-se perguntar: Mas e o consentimento da mãe? É pouco provável que a mulher se submeta ao procedimento sem o seu consentimento. Creio que seria algo dispensável, para efeito de determinação da maternidade, salvo se provasse que foi forçada. É uma situação um pouco difícil de acontecer, mas de qualquer maneira são questões que ainda desafiam um debate muito mais amplo, um debate que ultrapasse as fronteiras do Conselho Federal de Medicina. Não há dúvida que a opinião médica é de fundamental importância aqui, mas é preciso se ampliar esse debate, é preciso colocar nesse debate os trabalhadores do direito e os demais segmentos da sociedade.

Temos aqui no art. 1.598 uma solução que o legislador deu para um problema que tinha o Código de 1916, que é o problema do conflito de presunções. Quando se estabelece a presunção de paternidade de um filho no momento em que ele nasce a partir de cento e oitenta dias do início da convivência ou até trezentos dias após a extinção, a separação, cria-se a possibilidade de haver um conflito de presunções. Porque imaginem, se a mulher, eventualmente, não respeita aquele prazo dilatatório entre um casamento e outro e vem a ter outro filho que nasce a partir dos cento e oitenta dias do segundo casamento, mas ainda dentro dos trezentos desde a dissolução do primeiro, vamos ter aí duas presunções apontando para pais diferentes. Então o que acontece? O legislador resolveu essa questão, no artigo 1.598:

“Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597”.

Na doutrina já se argumentava pela inexistência de presunção, cabendo ao juiz aplicar as provas que resultarem da instrução e isso sempre, pois a presunção é relativa. Mas há quem sustente a presunção em favor do primeiro marido. O Código Alemão coloca a presunção em favor do segundo, mas creio que a nossa solução, do ponto de vista da probabilidade, está mais perto do acerto, pois a gestação normal dura de 30 a 32 semanas, quando o filho é considerado nascido a termo. Antes disso, a probabilidade é menor porque se trata de uma situação excepcional. Então, acho que o legislador, aqui, andou muito bem.

Sendo assim, as questões principais, no meu modo de ver, já foram abordadas, razão pela qual agradeço a atenção de todos e aguardo, ansiosamente, os debates.

DEBATES

Des. Maria Raimunda Teixeira

Prof. Flávio Lauria ressaltou a importância das normas da Constituição Federal, que vigoram desde de 1988 e realmente elas são de realce, tanto assim que há uma corrente doutrinária que chama de direito constitucional da família, o qual vem sendo aplicado largamente entre nós e o fundamento principal da aplicação dessas normas é o princípio da dignidade humana, aliás que também se espalhou pelos outros setores do Direito Civil e vem sendo aplicado largamente, inclusive no Código de Defesa do Consumidor. O princípio da dignidade humana eu diria que é a síntese da ética, da moral e dos bons costumes. Recentemente, houve uma reunião de juristas mineiros preocupados com esta situação que trouxe o código no ramo do direito de família. Eles se reuniram para estudar a questão da ética e da moral e a prevalência desses valores no âmbito do direito de família. E chegaram à conclusão de que hoje deve prevalecer a ética. Aliás, li um artigo muito importante do Prof. Rodrigo - que, além de advogado, é psicanalista e presidente do Insti-

tuto Brasileiro do Direito de Família - em que ele ponderou que já é hora de ressaltarmos cada vez mais a ética e observarmos que a moral hoje não é o fator preponderante para a aplicação do Direito de Família. Ele até ressaltou a questão - perdoem-me o posicionamento, mas concordo com ele - da orientação que foi dada com relação à guarda do filho da Cássia Eller, entendendo que a questão foi olhada pelo ponto de vista ético e não pelo ponto de vista moral. Se fosse pelo ponto de vista moral, a guarda da criança seria concedida ao avô, mas a ética e considerando o maior interesse do menor, fez com que o juiz concedesse a guarda à companheira da Cassia Eller.

Então ele trouxe ao palco um pensar que é uma realidade. Temos hoje que nos preocupar com os novos horizontes, com a nova realidade que nos apontam os ramos do direito de família e, como operadores da lei, não retroceder no tempo e aplicarmos a lei de acordo com a realidade da sociedade.

Uma questão também muito importante que o professor ressaltou é a questão da igualdade dos filhos. Esta igualdade dos filhos também vem sendo praticada desde o advento da Constituição. Filhos são iguais qualquer que seja a natureza. Às vezes o novo código claudica, como ele próprio ressaltou, esquecendo esta igualdade que já foi preconizada pela Constituição há doze anos atrás e ainda descamba algumas vezes para o lado do patriarcado. Os filhos são iguais qualquer que seja a natureza e tal é o alargamento desta igualdade que hoje também a sociedade se preocupa com os filhos, as crianças marginalizadas. Temos o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma lei maravilhosa e que vem ajudando a todos os que labutam na questão da criança marginalizada. Ele deu rumos para que essas crianças pudessem ser assistidas, acolhidas, agasalhadas. Ontem, estive participando de uma mesa, sobre ética no Direito, na aplicação da lei e na família, onde foi abordada uma ques-

tão relevantíssima. É a questão da entidade familiar a ser enfocada de uma forma mais ampla para que nela sejam introduzidas também aquelas situações das mães substitutas, das mães voluntárias, que já constituem uma realidade entre nós, e que não podemos desconhecer. Então, elas também constituem entidades familiares e os filhos destas criaturas que são arranjos sociais, mas que têm validade porque a lei prevê, merecem tanta proteção quanto os demais filhos, quanto os filhos nascidos do matrimônio, quanto os filhos nascidos de uma união estável, quanto os filhos nascidos de um concubinato, enfim, são cidadãos e merecem igual proteção.

Queria, apenas, indagar ao professor uma questão, que me resta dúvida, da imprescritibilidade das ações de estado. As ações de estado, como sabemos, desde o advento da Constituição, vêm sendo consideradas imprescritíveis. Algumas das correntes a favor da imprescritibilidade, entendem que toda e qualquer ação de estado é imprescritível. Como sabemos, a ação negatória de paternidade possuía prazos curtos, pequenos, que aliás, não eram de prescrição, mas sim de decadência, isso em relação ao Código. O prazo para a propositura da ação negatória foi revogado, inicialmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois isso ficou sedimentado entre nós e posteriormente por uma súmula do Supremo Tribunal Federal. Agora o próprio código já faz menção expressa de que a ação negatória de paternidade é imprescritível. Por outro lado, o artigo 1.604 do Código Civil, reproduzindo o artigo 348 do código anterior, prevê a possibilidade de que seja proposta a ação por quem tenha interesse econômico e moral contra o registro de nascimento de qualquer pessoa. Mas ele condiciona a que esta propositura da ação seja dirigida no sentido de que se demonstre o erro ou a falsidade do registro, quer dizer ele já delimita as hipóteses em que isso é possível. A questão que indago ao professor é a seguinte: há esta possibilidade, como o próprio

código prevê e como já viemos praticando no nosso dia-a-dia forense: terceiro ajuíza uma ação pretendendo impugnar a paternidade de alguém uma vez que ele esteja investido de interesse jurídico e moral. Então, considerando que o código se orientou quase que totalmente pelo princípio da paternidade biológica e hoje a orientação é no sentido de que se deve prestigiar cada vez mais a paternidade sócio-afetiva, considerando também a segurança das relações jurídicas e considerando que algumas pessoas ajuízem tais ações por interesses quase que exclusivamente econômicos, indago se não seria a hipótese nesses casos de ajuízações por terceiros, de se estabelecer prazo para esses ajuízamentos de ações.

Prof. Flávio Lauria

A pergunta é muito boa, inclusive acabei não tocando nesse tema porque o tempo foi insuficiente. Mas essas questões da impugnação da paternidade e da investigação da paternidade sofreram uma interessante evolução. O sistema codificado de 1916 era o da limitação da legitimidade, no qual só o marido podia ajuizar a ação de contestação. O prazo curtíssimo e as causas taxativamente previstas. Esse era um sistema terrível. A justificativa era a manutenção do poder do *pater*, só ele podia decidir. E o interessante é que uma das primeiras teorias para justificar a presunção de paternidade era a que explicava a presunção a partir do direito de acessão. O *pater*, dono da mulher, teria direito à paternidade dos filhos por serem estes o fruto da mulher.

Com o tempo houve progressos e a jurisprudência hoje admite tranquilamente a investigação independente da contestação da paternidade. Todavia, no que diz respeito à medida adotada por terceiro, vários são os ângulos sobre os quais a questão tem que ser avaliada. Por exemplo, sob o ângulo da imprescritibilidade. Em primeiro lugar ressalve-se que, na verdade, não se trata de prescrição, mas sim de decadência, como

bem lembrou a Desembargadora Maria Raimunda, o que demonstra que neste ponto o legislador cometeu uma incoerência. Na Parte Geral, preocupado com o aspecto técnico, o legislador adotou uma redação diferente daquela usada no Código de 1916. O Código anterior adotava uma perspectiva concretista da ação, ao proclamar que a ação estaria sujeita à prescrição. O legislador atual fez como o Código Alemão de 1896, esclarecendo que o que prescreve é a pretensão, o que hoje também se questiona, pois, na verdade, a pretensão subsiste à consumação da prescrição. A prescrição atinge, na verdade, a eficácia da pretensão. Mas, provavelmente, daqui a cem anos, quando tivermos um código proclamando a prescrição da eficácia da pretensão, já se terá chegado a outra conclusão. É por isso, dentre outros motivos, que a codificação é uma opção bastante questionável. Além disso, o legislador teve o cuidado de, ainda na Parte Geral, distinguir prescrição de decadência, corrigindo outra deficiência técnica da codificação do século passado. Mas, no que tange à impugnação da paternidade, no Livro do Direito de Família, manteve o erro ao mencionar como imprescritível um direito que, em realidade, não estaria sujeito à decadência (considerando que não existe previsão geral de decadência, basta que a lei não estabeleça prazo na hipótese para que tal efeito naturalmente ocorra).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, vem aplicando o prazo de decadência na impugnação da paternidade quando se verificar que uma eventual sentença de procedência do pedido seria prejudicial ao filho, à criança, por conta do princípio do melhor interesse. Vejam como a questão ganha uma outra dimensão. Embora não seja negado o direito a impugnação, não seria aconselhável deixar a criança sem pai. Não foi apenas uma decisão, há vários precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul neste sentido, o que caracteriza uma orientação. Eu acho que essa orientação se aplica à investi-

gação por terceiros. Em primeiro lugar, não pode de maneira nenhuma, deste processo, resultar uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança e, de maneira nenhuma, a solução pode ser orientada a partir de interesses meramente patrimoniais, até porque a Constituição promoveu a despatrimonialização do Direito Civil. Despatrimonialização como a substituição do patrimônio pela dignidade da pessoa humana, como valor central da ordem jurídica. Então, nessa questão, os valores existenciais também têm que estar em primeiro lugar.

Em resumo, temos que trabalhar com princípios, com valores, aproximação e dissociação de valores e adotar a solução para cada caso, de acordo com a hierarquia de valores estabelecida pelo legislador constituinte.

Dr^a Conceição Mousnier

Desejo fazer uma dupla provocação, tanto ao Prof. Álvaro Villaça, quanto ao Prof. Flávio Lauria. Ao primeiro, porque já o conheço de longas datas, acompanho as suas manifestações públicas e os seus artigos e sei que ele tem um grande apreço pela família, pela moral da família e ao mesmo tempo um largo entendimento do que seja essa moral, um entendimento inovador, de acordo com os novos postulados modernos, constitucionais e da praxis do mundo moderno e um grande apreço pela mulher. Então, com uma certa preocupação - sem querer ressuscitar a piada portuguesa - no que diz respeito à virgindade (que foi retirada do novo Código Civil a entrar em vigor, como causa de erro essencial passível de anulação do casamento) sabemos que a ideologia do patriarcado, no que tange à educação diferenciada dos gêneros, atingiu o ápice do seu amadurecimento nesse artigo 1.557, que retirou do elenco das causas de erro essencial o fato de não ser virgem a nubente. Mas, ao mesmo tempo, já existem vozes que estão interpretando o artigo 1.557, inciso I, no que diz respeito à identidade da nubente, à sua honra e boa fama,

a situação também de erro essencial sobre pessoa. Sabemos que para certos segmentos sociais, dificilmente a virgindade da mulher será importante para o noivo nos grandes centros urbanos etc. pela revolução dos costumes. Agora, em alguns segmento sociais o interior do Brasil ou em alguns segmentos religiosos - e falo aqui com maior respeito em relação a tudo isso - o fato de não ser virgem a mulher assume relevância; o juiz tem que ser o intérprete para toda a população brasileira. Em muitos segmentos religiosos, o desconhecimento do defloramento da mulher será muito sério porque pregam e seguem a prática de não existir sexo antes do casamento. Então o defloramento da mulher ignorado pelo marido, pertencente, por exemplo, a esse segmento religioso, poderia dar margem a ele a entender insupportável a vida em comum no momento em que descobre o desvirginamento. O novo Código Civil tem inúmeros defeitos, mas também é digno de muitos aplausos em vários aspectos. Entendo que o "grande barato" do Código Civil moderno, que vai entrar em vigor, é o fato de conseguir discernir que a honorabilidade da família não se prende à virgindade da mulher. Uma coisa é a virgindade da mulher, que não está mais contemplada no elenco do art. 1.557 e outra coisa é a moral da família, a respeitabilidade dos cônjuges, a sua honra, a sua boa fama, que continuam sendo prestigiados pelo legislador.

Então gostaria que Vossa Excelência conciliasse essas duas questões. Com relação ao Prof. Lauria, tive o prazer de conhecê-lo fisicamente e acho que Vossa Excelência tem uma grande vantagem, por conciliar a maturidade do plano das idéias à sua extrema jovialidade biológica. Então isso é uma grande vantagem: amadurecido no plano das idéias e muito jovem e com muito tempo e com muito gás ainda para refletir e contribuir para o avanço da ciência jurídica. E consegui apreender a sua sensibilidade com relação à criança quando Vossa Excelência, ao se referir ao pra-

zer, à realização que é vinda dos filhos, não se referiu à maternidade - é muito comum se ouvir falar, e realmente considero que a maternidade é a maior realização da mulher, pois coloco a maternidade acima até da realização profissional, dentro da minha ótica e referindo-se à paternidade. Como é realizador ser pai, trazer filhos, saber consagrada a sua descendência, saber que vai deixar um legado para as próximas gerações.

Então queria saber de Vossa Excelência, dentro dessa sensibilidade, com relação à filiação: o que o senhor me diz quanto ao princípio de igualdade absoluta, sem qualquer possibilidade de discriminação, no que diz respeito à filiação incestuosa - não expressamente contemplado na redação final do Código Civil, apesar de previsto no projeto - o que o senhor entende quanto ao melhor interesse da criança no tocante à filiação incestuosa? Deixo aqui uma indagação: Será do melhor interesse do filho incestuoso ver declarado na sua certidão de nascimento que ele é fruto dessa filiação incestuosa? Será que esse é o melhor interesse da criança? Tenho certeza de que ele merece a filiação, tenho certeza de que não pode haver discriminação, mas a este primado se levanta um talvez ainda maior: o do melhor interesse da criança. Esta é uma dúvida que já está ferindo a situação notarial no Brasil, pois será de responsabilidade do notário colocar ali a filiação incestuosa declarada na certidão de nascimento que poderá trazer pruridos de discriminação muito maiores do que se não constar a filiação incestuosa: pai e mãe deflagrando a filiação incestuosa a público, em um documento público como é a certidão de nascimento. Deixo ao Prof. Lauria essa indagação também.

Prof. Álvaro Villaça

No caso do respeito à família etc., entendo que a pessoa que se casa ou que vive com outra pessoa - vale até para a união homossexual - deve ter um sentimento que é o mais importante e que não deve ser abalado. Não interessa se é em razão de virgindade, de impotência, por

alguma doença ou a falta de algum órgão que possa causar uma situação de desespero à outra parte por exemplo.

Então a idéia é a seguinte: primeiro, foi importante tirar essa situação da virgindade da mulher como sendo um óbice, ou seja, algo que a lei oficializou porque não se fala também da virgindade do homem, que é outro problema. A virgindade do homem pode existir de tal sorte que a sua inexperiência em uma noite de núpcias - há mais de mil casos já - pode colocar em derrocada todo o casamento. Sempre procurei a conciliação e percebi que, às vezes, há motivos que são personalíssimos, então entendo que a dignidade da pessoa deve ser considerada principalmente no âmbito da pessoa. Não adianta vir alguém de fora e dizer: "- você tem que tolerar tal situação". "- Não é porque a mulher já é desvirginada que tem que romper com uma família". É uma questão de suportabilidade. A pessoa tendo em vista isso e conforme a criação que recebeu - pois o ser humano é um animal - se sente um homem traído. A pessoa começa a desenvolver um verdadeiro fantasma que os psicólogos entendem que deva ser dissipado. É melhor jogar com a realidade e dizer: "- Se você não pode viver com fantasma, não adianta ir ao centro espírita, a não ser para fechar o corpo, para tirar o fantasma".

Outro problema: Em uma peça do Garcia Lorca, há um caso em que a mulher chega a matar o marido porque ela tinha a expectativa de conceber uma criança. Ela acaba tendo um amante. Eu ouvi casos no escritório em que a pessoa fala que tem o sonho de ter filhos - é a peça do Garcia Lorca - e não consegue. Isso é um problema que chamo de minhoca na cabeça: a pessoa vai pondo isso na cabeça até que a vida em comum fica insuportável. Eu cheguei a ponto, por exemplo, de em depoimento no escritório, ouvir a mulher dizer que não podia olhar para o marido que sentia coceira. Então perguntei-lhe o porquê e ela respondeu que era porque ele gostava de jazz e ela de música clássica

ca. Tem-se que respeitar essa posição da pessoa.

Então, como o casamento e a união estável são contratos, ninguém pode existir ou persistir na relação contratual sem a *affectio maritales et uxoria*, ou seja, sem afeição do marido e da mulher e sem afeição dos companheiros. De tal sorte que nesse ponto, entendo que foi inteligente a retirada dessa situação da virgindade da mulher. Houve um caso também no escritório em que as pessoas mantinham relações sexuais antes do casamento, uns cinco ou seis casos em quarenta e dois anos de advocacia, é meio raro acontecer. Então qual foi o problema psicológico? A mulher tinha um filho e ocultou a existência desse filho ao nubente, ao seu companheiro, que depois viria a ser o seu esposo. E isso causou um trauma no nubente, ele foi ao psiquiatra, ao psicólogo, quer dizer, a situação é exagerada, mas o Tribunal de São Paulo anulou o casamento por erro de pessoa, dizendo que o que traumatizou o homem foi o fato de a mulher ter mentido para ele ou ter escondido que ela, embora fosse desvirginada, tivesse um filho. Ele queria casar com uma mulher que, embora desvirginada, não tivesse filho. São situações muito subjetivas que têm que ser analisadas pelo juiz. Ele terá que analisar cada uma delas e não adianta decidir. Vai dizer “*vamos permanecer juntos*” e cada um vai para um lado, se separa.

Então, quando não há possibilidade de uma vida harmoniosa, é sempre melhor que exista a separação. Caso contrário, fica um palco de desgraças e de incompreensões dentro da casa, causando uma vibração negativa incompatível com a dignidade humana.

E com relação ao parágrafo 6º, do artigo 227, mencionado pelo Prof. Flávio Lauria, na minha tese do concubinato ao casamento de fato, propugnei para o Bernardo Cabral colocar esse artigo na Constituição e não é invenção minha. Se pegarem o artigo 202, do Código de Família, de Idalgo, que é um dos Estados do México, lá cada estado tem um Código de Direito de Família, é a tradu-

ção exata que fiz deste artigo e que hoje é o parágrafo 6º do artigo 227. Sempre fui a favor dessa completa independência e de que não haja nenhuma restrição com relação à igualdade. Mas, na verdade, a igualdade e as proibições já existiam. O que esse artigo fez foi justamente possibilitar a igualdade dos filhos adotivos. Nenhuma lei anteriormente havia falado nisso, nem a Lei 6.515 e nem a Legislação Específica, que modificou o Código de Registros Públicos, se não me falha a memória, a Lei 6.015/73.

Prof. Flávio Lauria

Quanto ao problema de registro de nascimento dos filhos incestuosos, uma pergunta magnífica e bastante difícil. O pensamento sistemático não a resolve. Então vamos aos tópicos, o que interessa aqui. A relação incestuosa é algo absolutamente abominável na nossa cultura. Isso é tranqüilo, mas nem sempre foi assim, mesmo no mundo ocidental. Como vemos no filme “A Rainha Margot”, estrelado pela brilhante Isabelle Adjani – no qual é retratada a matança da noite de São Bartolomeu, promovida por Catarina de Medici (que depois virou enredo de duas escolas de samba do Rio de Janeiro) a relação dos irmãos entre si, a mãe com filho etc. (e naquela época não havia os recursos anticoncepcionais que temos hoje). Imaginem a confusão.

Então, temos que a relação incestuosa é incompatível com a nossa cultura, é reprovada de forma grave pela nossa cultura. Esse é um ponto. Aí, a primeira pergunta que temos que fazer: Tudo que é reprovável pela nossa cultura merece ser oculto, merece ser combatido (porque a cultura também está em permanente mutação)? Uma filiação incestuosa se percebe na própria certidão de nascimento, não precisa de nenhum outro documento pois pela sua leitura se percebe que, por exemplo, o pai e o avô paterno são a mesma pessoa. E a pessoa gerada dessa relação terá problemas por conta deste rótulo: “filho de uma relação incestuosa”.

Agora, qual é uma das características do estado civil? O estado civil é oponível *erga omnes* e por isso é público, está no registro, todos têm possibilidade de conhecer. Haveria um inegável interesse de terceiros a proteger, e aí entendo que existam outros desdobramentos.

Porque a nossa cultura reprova veementemente o incesto, essa filiação decorre de uma relação, provavelmente, doentia. E aí terão outras repercussões no que diz respeito ao futuro da criança, isso se ela não nascer com sérios problemas de saúde, pois a possibilidade do encontro das recessividades é muito grande e muitas doenças graves decorrem de gens recessivos. E como fica o interesse das outras pessoas de conhecerem ou reconhecerem esse estado de filiação? Porque se o estado é *erga omnes*, tanto ele é oponível, quanto se pode dele conhecer, justamente pela oponibilidade.

Não há dúvida que por mais que a relação seja incestuosa, o pai e a mãe serão os sujeitos da relação incestuosa. A uma primeira vista, estou tendendo a considerar que a informação do registro é relevante, até por uma razão: não posso afirmar aqui, com segurança absoluta, que esconder este fato seja o melhor para aquela criança. E é só isso que me faz chegar à essa conclusão preliminar. O que garante que ocultar este fato da sociedade vai ser melhor para a criança, para aquele futuro indivíduo? O fato ninguém apaga, o fato vai acompanhar a criança para o resto da sua vida, quer queira, quer não. Não sou psicanalista, mas talvez não seria melhor que essa criança desde cedo pudesse trabalhar com isso, desenvolver isso, resolver o problema?

Talvez lidar com isso desde cedo seja melhor. Como vamos saber? Posso dizer o seguinte: tenho essa conclusão preliminar aqui, com base nessa especulação que acabei de apresentar aos senhores de que a princípio, o correto seria constar do registro, contudo acho que o debate precisa ser ampliado, inclusive interdisciplinarmente.

Dr^a Conceição Mousnier

A lúcida inteligência de Vossa Excelência caminha por uma estrada que é apontada por muitos, mas a psicologia universal entende que o melhor interesse da criança é visto de forma regional. No Brasil, como Vossa Excelência colocou com muita propriedade, é um fato abominável a relação incestuosa. Então, como os curadores terão que opinar, formar seu convencimento e os juízes terão que decidir, já me interessei pela legislação internacional, que dá uma solução parcial para evitar, para atender também ao interesse público no sentido de que não conste da certidão como de um todo, para a escola etc., mas constante no momento, por exemplo, em que esse filho incestuoso pretenda um casamento. Então o nubente saberá que ele é fruto porque será extraído, mas essa é uma situação que no Brasil não foi prevista legalmente, então será um gigantesco esforço da construção pretoriana, mas a legislação espanhola, por exemplo, resolveu isso assim. Mas, de qualquer maneira, fico muito feliz que Vossa Excelência tenha abordado esse interesse público para que não se pense apenas no interesse da criança, pois, no Brasil, apesar de todos saberem do meu carinho pela criança, minha formação toda voltada para a criança, hoje é um “ai, ai, ai” o interesse da criança, e onde fica o interesse público também? Fiquei muito feliz com a resposta.

Prof. Flávio Lauria

Também fiquei muito feliz com os seus comentários e elogios, os quais agradeço, sinceramente. Já tive o prazer de assistir Vossa Excelência palestrando sobre temas ligados à família e posso dizer que o mesmo sentimento me preencheu. E digo que sempre foi um incentivo muito grande para o aprofundamento dos meus estudos na área do Direito de Família esse contato com pessoas que desenvolvem tão bem o tema como Vossa Excelência. Assim como acabou de demonstrar no comentário à minha resposta. Resolveu de for-

ma brilhante a pergunta muito bem elaborada e a qual também agradeço.

Dr. Ricardo Cardoso

Apenas a título de esclarecimento, aquele tal enunciado – ao qual o prof. Álvaro Villaça se refere – a Corregedoria falava em 5 anos para a união estável, e para a sua tranquilidade, ele nunca foi aplicado aqui no Rio, ficou só como enunciado. Pois bem, mas a pergunta não é essa.

Quanto à das inovações do código em relação à união estável, verifico que no artigo 1.723, parágrafo 1º, diz que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 521, os mesmos do casamento. Então, em se tratando de casamento, temos o casamento putativo, que produz efeitos para a prole e para o cônjuge que estiver de boa-fé. Pergunto: na medida em que esse artigo impõe os mesmos impedimentos para a constituição da união estável, que centraliza o instituto da união estável até na figura do casamento, poderíamos falar em união estável putativa (ou seja, imaginemos aquele casal em que o varão esconde de má-fé o fato de ser casado?) E a mulher, na crença de que está se relacionando com um homem solteiro, vive um período longo, duradouro e, em uma determinada localidade, aparentando uma verdadeira família aos olhos da comunidade local. Para ela, que desconhecia esse impedimento, poderíamos falar em produção de efeitos, ou seja, ela teria a aquisição de metade dos bens adquiridos na constância daquela “união”, ou seja, produzindo efeitos como se fosse putativo? Essa pergunta é para o Prof. Álvaro Villaça.

Também gostaria de deixar uma pergunta rápida para o Prof. Flávio Lauria: Em se tratando de investigação e filiação, como o senhor vê uma possível revisão da coisa julgada ante à quase certeza do exame de DNA, atribuindo a filiação a alguém, ou seja, imaginemos um processo de investigação de paternidade definitivamente julgada em uma época em que não se falava em exa-

me de DNA. Hoje temos o exame de DNA, que confere essa quase certeza, mas teríamos o óbice da coisa julgada. Então, pergunto, como o senhor vê essa questão. A sua ótica seria possível rever isso frente a esse novo exame que atesta a filiação de alguém? De ante mão, já agradeço a ambos pelas respostas que conferirão.

Prof. Álvaro Villaça

Agradeço ao juiz, pois é uma hipótese interessantíssima. Certamente, essa questão da putatividade na união estável, entendo que, em tese, existe, quando não houver impedimento para o casamento, mas sim, a ocultação do fato de alguém ser casado. Então, nesse caso, sendo casado, existe a putatividade, aí aplica-se o artigo 1.727. Este fala em relações não eventuais, quer dizer, constantes, entre um homem e uma mulher, impedidos de casar e tais relações constituem concubinato. Ora, quem está impedido de casar? O separado, judicialmente e de fato. Então, quer dizer, toda a base do desquite ficava completamente inibido. Quando vai haver, então, a união estável? Só entre viúvo, divorciado e solteiro. Quem estivesse separado de fato ou juridicamente não iria poder, pois estaria impedido de se casar sem o divórcio. E eu acho que é um desrespeito à dignidade da pessoa humana. Se a pessoa for católico, pode ser contrária ao divórcio, então vai pela separação judicial, que seria a separação temporal do código canônico. Desde o código canônico de 1917 ao atual de 1983, desde o Decreto de Graziana de 1150, a igreja é sempre contrária ao divórcio.

Na verdade, briguei bastante no Congresso para eliminar o efeito desse artigo. A minha posição foi a de acrescentar a esse parágrafo 1º do artigo 1.723 o seguinte: “Não se aplicando a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato.” E parava aqui o texto do projeto. Hoje, já tem mais: “ou judicialmente”. Essa questão, “ou judicialmente”, achei melhor colocá-la nesse parágrafo 1º e eliminar o pa-

rágrafo 3º, que falava que “também não se aplica quando houver separação judicial”. O artigo estava, praticamente, em dissonância com o outro. Então ficou, no 1.521, quem não pode se casar, não pode viver em união estável, a não ser o separado de fato e judicialmente. Então, sobrou o concubinato adulterino, que é o do artigo 1.727, acho que aí se aplica a súmula 380. Agora, enfrentando a questão da putatividade, se a pessoa esconde o fato de ser separado, vamos supor que é divorciado, solteiro ou viúvo e vai viver com uma pessoa, e é separado de fato ou judicialmente, a união estável está legitimada, pois o separado judicialmente e de fato podem viver em união estável. Mas essa omissão implicaria, vamos dizer assim, o fato da possibilidade de o outro se separar alegando esse motivo. Então estaria ele de boa-fé, o outro de má-fé, mas no sentido de rescisão do contrato, não chega nem a ser rescisão, seria a quebra da boa-fé objetiva nas tratativas do contrato, porque o fato é anterior à vida em união estável. Aí aplica-se aquele artigo que está na Teoria Geral dos Contratos, que é o 422, que dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (que é a objetiva). Não é uma boa-fé estado de espírito – “eu, acho que estou agindo corretamente” - mas a objetiva, quer dizer repudia-se o mau comportamento na realização do contrato. Esse mau comportamento seria causa, no casamento, de anulação; no caso da união estável, uma causa de desligamento pleiteando direitos na putatividade. Agora, se houver na situação da pessoa que é casada e que oculta deste fato, aí sim vai haver a putatividade quer dizer a pessoa é casada e vai viver em união estável e diz que é solteira ou é separada judicialmente. Aí, então, cabe a putatividade também na união estável.

Prof. Flávio Lauria

Trata-se de uma questão cuja resposta sabemos, mas é difícil de fundamentar. Antes, não havia prova segura,

hoje tem-se a certeza, tem-se a informação, através do exame de DNA. Por conta disso, todas as partes em que o novo Código ainda se preocupa em vincular valorção de prova em matéria de investigação de paternidade, hoje soam até engraçadas por causa do advento do exame de DNA.

Poderia surgir algum problema quando há recusa em se submeter ao exame. Nesse caso, pode-se mencionar a orientação de considerar-se a recusa de fazer o exame como confissão, embora haja posição em contrário da Prof. Maria Celina Bodim de Moraes, no sentido de que os direitos à identificação da filiação e do estabelecimento da certeza da filiação, estão ligados à personalidade e que, no caso de recusa, é melhor proceder-se à coleta do material coercitivamente, através, até, de aparato policial, se for necessário. É claro que tal procedimento vai causar incômodo para o sujeito, mas seria uma violação menor, atingiria um valor menor do que o direito da personalidade do autor de saber quem é seu pai. É claro que uma medida tão dura só se justificaria se houvesse indícios fortes da probabilidade da paternidade.

Mas, no que diz respeito à pergunta, como resolver a questão? Uma análise fria e sistemática do texto da lei, impediria a revisão do julgado, porque o prazo da rescisória já teria se esgotado e não haveria mais o que fazer. Ocorre que neste ponto temos um valor constitucional primário tutelado. Preocupei-me em dizer que é preciso estabelecer uma nova forma de pensar as questões de Direito Privado - e aqui estamos até tratando uma questão de processo civil, ramo do Direito Público. É preciso pensar de uma forma diferente, romper, à princípio, com as soluções apriorísticas, não que se estejam renegando as soluções sistemáticas, do pensamento sistemático (pois sem a segurança que o sistema oferece considero impossível viver em sociedade), mas é preciso nos acostumar a usar o bom senso para decidir.

Qualquer norma jurídica encerra

uma decisão. O legislador quando edita uma norma está decidindo, ele está prestigiando um interesse em detrimento de outro, sempre alguém ganha e alguém perde com uma disposição legal. A norma, como diz o Prof. Tércio Sampaio Ferraz, como ato de comunicação, é uma decisão.

Precisamos, portanto, pensar também do ponto de vista tópico. Estamos tutelando um valor constitucional primário. A segurança da coisa julgada é fundamental também à sociedade. Sem a segurança da coisa julgada, não se consegue organizar minimamente um sistema de composição de conflitos. Sem ela não se pode, a rigor, compor o conflito. Ele permanecerá sempre efetivo, sempre

presente. A segurança da coisa julgada é fundamental. Mas a segurança da coisa julgada também está inserida em um contexto hierarquizado de princípios. Ela tem que realizar valores. Se da aplicação de qualquer norma jurídica, resultar a violação dos valores primários tutelados, deve-se afastar a interpretação que conduza a esta decisão e interpretar-se de forma a harmonizar a decisão com os valores constitucionais primariamente tutelados. Entendo que nesse caso seria possível a revisão por conta desses argumentos. Trata-se de uma questão delicada, porque a letra da lei é clara em sentido contrário. Faz-se necessária, portanto, uma certa flexibilidade. 