

Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno?¹

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha e Maria Cláudia Cachapuz, Juíza de Direito, Ana Paula da Silva Vitória, Bacharel em Direito, Mestrandas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Introdução

Com a utilização da expressão sócio-filosófica “pós-moderno”² procura o Professor da Universidade de Heidelberg, Alemanha, Erik Jayme, demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo

e de nosso direito.³ A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado⁴, como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo⁵ e as mudanças nos valores e modelos da sociedade.⁶ Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual

1. Trabalho apresentado no X Congresso Internacional de Direito de Família, Mendoza, Argentina, Painel do dia 22 de novembro de 1998. As autoras agradecem as outras participantes do Grupo de Pesquisa do Mestrado em Direito “Direito de Família na pós-modernidade” pelas instigantes discussões, em especial as Mestrandas Luciana Liz, Márcia Lippert e Sandra Lima Alves, assim como a professora visitante alemã, Dra. Harriet Christiane Zitscher, DAAD-CAPEs, UFRGS.
2. Veja Lyotard, Jean-François, *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: “Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Künste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben.”
3. Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 e seg.
4. Veja Jayme, Cours, p.28 e seg. e também Brilmayer, Lea, “Post-modernism in American Choice of Law”, *Mélanges Françöses Laurent*, p. 695 e seg.
5. Assim também conclui Ciuro Caldani, Miguel, *Lineas de semejanza entre el Derecho Internacional Privado clasico y el Derecho de la postmodernidad*, in *Boletim del Centro de Investigaciones, UNR*, nr. 6, 1997, p. 65 e seg.
6. Assim Jayme, p. 2 (*Avant-propos*) e Sánchez Lorenzo, *Postmodernismo y Derecho Internacional Privado*, in *Rev. Esp. de Der. Int.*, 1994, p. 557 e seg.

seja de que o direito, como expressão cultural de um povo⁷, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva,⁸ uma era do vazio e de caos⁹, de desregulamentação, de privatizações¹⁰, de forte exclusão social¹¹, da "euforia do individualismo e do mercado"¹², era de globalização e radicalismo tribal, de con-

vivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era¹³, em resumo, em uma época de crise pós-moderna¹⁴, também o direito de família¹⁵, ramo mais próximo da realidade social e quase antropológica de uma sociedade, estaria em crise.¹⁶ Uma crise de mudança.

Como já tivemos oportunidade de observar,¹⁷ os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito civil como

7. Veja também Sánchez Lorenzo, p. 557: "El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura."...und p. 577 "El Derecho y el DIPr en particular se convierten entonces en un canal o medio de comunicación y de intercambio de valores hacia un mejor orden mundial."
8. Lyotard, p. 19., afirma sobre a chamada sociedade pós-industrial e a cultura pós-moderna que: "Dieser Übergang beginnt spätestens mit dem Ende der fünfziger Jahre, das für Europa das Ende seiner Wiederaufbauphase bezeichnet. Es geht, entsprechend den Länder und innerhalb dieser entsprechend dem Wirtschaftsbereich, mehr oder weniger schnell vor sich: daher die generelle Dischronie, die nicht leicht ein Gesamtbild abgibt." Já Harvey, David, *The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge/Massachusetts 1994, p.3 e 42 identifica os anos 60 e 70 como os anos desta mudança. Outros preferem o final da segunda guerra mundial, os anos 50 como o início do movimento pós-moderno, assim Jameson, Frederic, *Pós-Modernismo - A lógica cultural do capitalismo tardio*, Atica, São Paulo, 1996, p. 27.
9. Assim o instigante Lipovetsky, Gilles, *La era del vacío - Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Anagrama, Barcelona, 1996, em especial, p. 6 a 8.
10. Assim Ciuro Caldani, Miguel, *Privatización y Derecho Privado*, in *Boletim del Centro de Investigaciones*, UNR, nr. 20, 1995, p. 119 e seg.
11. Veja Tourraine, Alain, *Uma Visão Crítica da Modernidade*, in: *Cadernos de Sociologia*, vol. 5, pg. 36 e 37.
12. Ghersi, Carlos Alberto, *La Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires, 1995, p. 27: "No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda la euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, alidai al placer y a la felicidad consumista."
13. Como afirma Habermas, reconhecer, nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação "pós", mas, por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, p. 12.
14. Segundo Santos, Boaventura de Souza, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Graal, Rio de Janeiro, 1989, p. 11: "A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna."
15. Neste sentido nossas conclusões na Tese de Doutorado, Lima Marques, Claudia, "Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht", Verlag für Standsamtswesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997, p. 363.
16. Concorda também Lemouland, Jean-Jacques, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin*, in *Dalloz*, 1997, nr. 18, *Chronique*, 1.05.97, p. 133 e seg.
17. Veja Lima Marques, Claudia, *Contratos Bancários em tempos pós-modernos*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 25, p. 19 e seg.

um todo. Tempos de ceticismo quanto ao positivismo¹⁸, quanto a capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora¹⁹.

Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, tempos de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e formação de opinião, acaba-se por decretar a insuficiência do modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva à evolução dos conceitos, a maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidadas, seja ideologicamente, seja discursivamente.²⁰ Tempo de solução tópica, do direito à diferença, do neo-liberalismo, de comunicação irrestrita, de informatização, de um neo-conservadorismo, de ceticismo sobre o geral, institucional, tempos de um individualismo necessário, da perda dos valores modernos, esculpido pela revolução burguesa e substituídos por muitas quase meta-narrativas simultâneas e contraditórias, de legitimação pela linguagem, pelo prazer, pelo consenso momentâneo, pela parceria consciente e limitada, decisões e normas legitimadas não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresentam.²¹ Tempos que

alteraram o ponto de concentração do direito de família, que deixa de pensar na manutenção da instituição, mas sim nos indivíduos, nos vínculos que ligam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, especialmente dos mais fracos, membros do grupo, como as crianças, os filhos. Tempos de grande influência do direito público e dos direitos fundamentais dos cidadãos em todos os ramos do direito privado e também no direito de família.

Segundo o emérito Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius, o Direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (*zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung*).²² Nesta visão, as normas jurídicas são, portanto, instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade. O direito pode ser, portanto, um instrumento de justiça e inclusão social, de proteção de determinados grupos e pessoas na sociedade, ai incluindo os filhos, a família monoparental, a família fora do casamento e outras novas uniões.

Identificar esta nova fase do direito de família é o escopo deste trabalho e para tanto vamos nos valer da análise de Erik Jayme, sobre qual seria ^{em} as quatro caracte-

18. Veja Habermas, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

19. Como explica Vattino em sua introdução, "O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...", veja Vattino, Gianni, *O fim da modernidade - nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg. VII.

20. Veja por todos, Gellner, Ernest, *pós-modernismo, razão e religião*, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, pg. 11 e seg.

21. Veja Harvey, p. 3 e seg. e Kaufmann, Arthur, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München 1994, p. 224 e seg.

22. Zippelius, Reinhold, *Rechtphilosophie*, 3. Ed. Beck, Munique, 1994, p. 258.

rísticas da cultura pós-moderna que teriam reflexos no direito. Segundo Erik Jayme as características da cultura pós-moderna no direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de "le retour des sentiments" e a valorização dos direitos humanos²³.

Pluralismo de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, como os fornecedores que organizam-se em cadeia, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas.²⁴ Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o "double coding" e onde os valores são muitas vezes antinômicos.²⁵ No Direito de Família, o pluralismo de fontes²⁶ pode ter

sua origem no reconhecimento de direitos individuais dos membros destas uniões ou grupos, assim destacam-se do Código Civil as leis de proteção da mulher²⁷, da criança e do adolescente²⁸, do ancião, dos deficientes físicos²⁹, superadas que foram as antigas normas sobre o regime da mulher casada.³⁰ O pluralismo de fontes legislativas é hoje total³¹, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*)³² nascer o novo direito de família³³.

A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado a valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de

legitimação (*Sprachspiele*)³⁴, a³⁵ ética e a filosofia é discursiva³⁶, o consentimento legitimador é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.³⁷ A comunicação está presente no direito de família através das novas maneiras de fazer valer os direitos assegurados aos membros mais fracos do grupo, as crianças, que passam a ser não só consultadas, como também a poder exercer diretamente seus direitos e a ter voz ativa nas decisões (pelo menos algumas) internas da família,³⁸ resultado de uma nova visão da criança não mais como "objeto" do pátrio poder, mas como sujeito de direitos próprios³⁹.

A *narração* é a consequência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.⁴⁰ Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no micro-sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.⁴¹ No Brasil, o Estatuto da criança e do Adolescente é um belo exemplo de normas narrativas, ou normas objetivo, segundo Eros Grau.⁴² O Art. 19 do ECA, que estabelece o princípio máximo de manutenção do vínculo familiar, mais parece um discurso político, um programa de ação, do que uma norma de conduta geral e auto-aplicável. Com esta

23. Jayme, p. 36.

24. Veja sobre o pluralismo de fontes Friedman, Lawrence, *The Republic of Choice - Law, Authority and Culture*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 11.

25. Veja Kaufmann, p. 226-227 e Jayme, p. 247 e seg.

26. Assim também Lemouland, p. 133 e seg. que considera o pluralismo de fontes uma resposta à diversidade de costumes e de moral hoje existente na sociedade.

27. Lima, p. 119 destaca a posição privilegiada da mulher na Lei do Divórcio, Lei 6.515/77.

28. Sobre a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja Cury, Munir (Coord.), *Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e sociais*, Malheiros, São Paulo, 1992, p.11 e seg.

29. Veja o compêndio "Direitos da Pessoa portadora de deficiência", Advocacia Pública e Sociedade, ano 1, nr. 1, Max Limonad, São Paulo, 1997.

30. Assim Lima, p. 119.

31. Veja Sánchez Lorenzo, p. 557: "Por otra parte, el carácter destructivo del postmodernismo, en especial de su ataque al universalismo, consiste en una labor expresada en sentido positivo: edificar la posibilidad... La descodificación es un fenómeno más del afán por edificar la posibilidad, que en suma es la idea que mueve la especialización y la flexibilización en el DIPr."

32. Vgl. Sánchez Lorenzo, p. 565: "Es evidente que esta flexibilidad constructiva no sólo vamos a encontrarla en las técnicas de reglamentación, sino también en el orden de las fuentes. El talame dialógico y blando del postmodernismo encaja con el desarrollo del *soft law*, por su capacidad para edificar la posibilidad."

33. Sobre o chamado "diálogo" das fontes, veja Jayme, Erik, *Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, Vortrag in der Tagung "Kinder im Recht" - Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext*, Evangelische Akademie Tutzing,

20. Januar 1996, ainda não publicado e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A, *The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law*, in: *Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p. 105.

34. Sobre a legitimação como problema pós-moderno, veja Lyotard, p. 30 e seg.

35. A ética discursiva foi denominada de moral pós-convencional ("postkonventionelle Moral") e de teoria jurídica pósmoderna ("postmoderne Rechtstheorie") por Kaufmann, p. 224 e seg.

36. Sobre o discurso e seus jogos escreve Lyotard, p. 36 e seg.: "Wenn Wittgenstein die Erforschung der Sprache *ab ovo* wiederaufnimmt und seine Aufmerksamkeit auf die Wirkungen der Diskurse konzentriert, so nennt er die verschiedenen Arten von Aussagen, die er dabei auffindet und von welchen wir eben einige aufgezählt haben, Sprachspiele. Er gibt mit diesem Terminus zu verstehen, daß jede dieser verschiedenen Aussagenkategorien durch Regeln, die ihre Eigenschaften und ihren möglichen Gebrauch spezifizieren, determinierbar sein muß, genauso wie sich das Schachspiel durch einen Komplex von Regeln definiert, der die Eigenschaft der Figuren oder auch die erlaubte Art, sie zu bewegen, bestimmt."

37. Veja também Sanchez Lorenzo, p. 576 e seg.

38. Observa-se um enorme crescimento no direito das crianças em manifestar-se, veja a nova legislação sul-africana "South Africa children speak out", in the *International Journal of Children's rights*, vol.1, 1993, p. 71 e seg., a Convenção europeia sobre o exercício dos direitos das crianças de janeiro de 1996, Conseil d'Europe *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, e no Brasil os tímidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

39. Assim Veerman, Philip E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dordrecht 1992 p. 10.

40. Veja Jayme, *Narrative Normen*, p. 16 e seg. e as observações de Sánchez Lorenzo, p. 558: "...el postmodernismo parece, antes que una filosofía del Derecho o una particular metodología jurídica en sentido amplio, una teoría del razonamiento jurídico en la línea de la tópica o nueva retórica, partidaria de la *narrative consistence* frente a la *normative consistence*, en la distinción de R. Dworkin retenida por E. Jayme."

41. A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik, *Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16.

42. Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, Eros Roberto, "Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas", in *Direito do Consumidor* 5, p. 183 e seg.

fluidez e narratividade o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica⁴³. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte Jurisprudência de valores,⁴⁴ estudos críticos (“Critical Legal Studies”)⁴⁵ e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema de direito, mas também na grande influência representada pelos direitos fundamentais (antes programáticos) no direito privado⁴⁶.

Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar nossa ciência do direito é o que Jayme denomina “*retour des sentiments*”.⁴⁷ Seria, de um lado, a volta de uma certa “emocionalidade” no discurso jurídico⁴⁸, de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada⁴⁹.

O *Leitmotive*, elemento guia, destacado por Jayme é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”⁵⁰ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos.

Em suas aulas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em setembro de 1996, Erik Jayme comentava o *individualismo* crescente na família, com o direito passando a valorar de forma tão destacada os direitos individuais, os direitos pessoais e mesmo os direitos fundamentais dos membros desta instituição, que se a família não deixa de ser um todo, perde em força, perde em caráter de união, porque nenhum mais de seus mem-

43. Trilhando outros caminhos, assim conclui Menezes Cordeiro, Antônio, “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in Revista da Ordem dos Advogados, 48, Dez. 1988, p. 75, ao concluir que o sistema presente do direito é “aberto, móvel, heterogêneo e cibernético.”

44. Veja Sánchez Lorenzo, p. 562: “Este eclecticismo y relativismo postmodernista encaja también perfectamente con los planteamientos retóricos o argumentativos del razonamiento jurídico y con la *labor creativa del juez* en una jurisprudencia de valores.”

45. Veja Kaufmann, p. 52.

46. Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 280 e seg.

47. Jayme, p. 36.

48. Veja a Draft Resolution for Buenos Aires elaborada pela International Law Assotiation (1994) que expressamente combate esta nova emocionalidade no direito e requer na adoção internacional: “The development of non-emotive standards for the application of the subsidiarity principle.”

49. Assim Jayme, p. 261: “Ce qui frappe, c’est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressées comme raisons pour résoudre des conflits de lois.”

50. Assim Lorenzetti, p. 249 e seg.

bro quer fazer sacrifícios para estar integrado em uma família. Cada membro da família sim quer e vai manter-se plenamente pessoa, sujeito de direitos, apesar de integrar-se neste grupo social. O nascimento ou reconhecimento de novos sujeitos na Família, inverte o ponto de concentração do direito, da instituição como um todo, para as partes, para os sujeitos individualmente considerados, em um novo pluralismo de sujeitos. Schwab chega a mencionar a família como o “ponto de encontro” de direitos individuais⁵¹.

Das instigantes palestras de Erik Jayme sobre o direito patrimonial de família em tempos pós-modernos e das primeiras discussões do Grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UFRGS sobre “Direito de Família na Pós-Modernidade”, nasce este estudo parcial, que é mais uma contribuição ao debate, um juízo de constatação do momento atual do direito de família brasileiro, do que uma exposição científica conclusiva.

Neste sentido queremos agora examinar somente apenas um aspecto do que poderia ser esta pós-modernidade jurídica no direito de família ou um resquício de modernidade neste final de século: o direito do filho “diferente” à igualdade, o interesse e imposição legislativos de igualdade de direitos (Parte I) e de igualdade de qualificações

(Parte II). Estas novas linhas jurisprudenciais e positivas quanto à igualdade entre filhos são importantes avanços identificados no direito brasileiro. A igualdade é uma meta-narrativa da modernidade⁵², mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes novos direitos humanos⁵³, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material⁵⁴, mas também a desigualdade material e formal. Nossa hipótese de investigação será, portanto, dupla, se a igualdade entre filhos no novo direito brasileiro é reflexo direto do discurso de eficácia dos direitos fundamentais⁵⁵ dos membros da família e do novo individualismo pós-moderno (Jayme), mas ao mesmo tempo, tentando identificar se esta nova igualdade formal e material entre filhos no direito brasileiro é, em verdade, um reflexo do direito de “ser diferente” (*droit à la difference*) e, por sua vez, pode ser vista como reflexo deste momento de pós-modernidade ou uma simples -e moderna- procura de igualdade material tradicional.

1ª Parte: Igualdade de direitos entre filhos

O estudo dos avanços verificados no direito brasileiro na última década, especial-

51. No original, “Treffpunkt von Individualrechten”, in Schwab, Dieter, Familienrecht im Umbruch, in: FamRZ 1995, p. 514.

52. Defendendo que a isonomia de tratamento é uma das conquistas da modernidade, manifesta-se Lima, Paulo Roberto de Oliveira, Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 14.

53. Assim Brilmayer, p. 701, comprova que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira nos direitos adquiridos, na segurança, a segunda nos direitos qualificados pelo sua origem, direitos fundamentais como resultados de um objetivo de política legislativa (...rights, not to a particular result, but from a particular result, Brilmayer, p. 702), de um interesse ou de um discurso social (*political rights*, Brilmayer, p. 705).

54. Também a modernidade permite a desigualdade formal para atingir a igualdade material, a pergunta é de grau, de qualificação, de tonalidades mais seguras (moderno) ou mais caóticas, inseguras, desreferenciadas (pós-moderno).

55. Sobre as atuais dimensões dos direitos fundamentais, veja a interessante análise de Sarlet, Ingo W., A eficácia dos direitos fundamentais, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1998, p. 36 e seg.

mente na matéria afeta ao Direito de Família, importa que se considere o papel fundamental da jurisprudência contemporânea para a construção de uma nova forma de pensar, juridicamente, a entidade familiar. Não que a Constituição Federal de 1988 por si só não tenha criado regras gerais que permitem uma interpretação moderna – e, quem sabe, pós-moderna – no capítulo especificamente destinado à família. O que alcança destaque é o papel essencial assumido pelas cortes regionais na definição de um novo conceito de família, permitindo a adoção ampla de um conceito de 'igualdade'⁵⁶ aos personagens que compõe a entidade familiar.

O conceito de igualdade acolhido, inclusive, como princípio de interpretação às normas infraconstitucionais em matéria de família, buscou resgatar a idéia jurídica de isonomia. Ou seja, só existe a proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente⁵⁷. Ora, esta isonomia de

tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo 'status familiae'⁵⁸.

A isonomia, traduzida constitucionalmente na aplicação do conceito de igualdade, buscou solucionar, portanto, vazios legislativos para situações do mundo dos fatos que reclamavam por uma interpretação mais contemporânea. Interpretação que, por sinal, aos poucos era integrada na jurisprudência dos tribunais a partir da utilização de princípios gerais do direito e de análise comparativa a outros ordenamentos jurídicos. O mérito da Constituição Federal do 1988, por consequência, não foi o de inaugurar soluções a

56. O direito à igualdade aparece de forma absoluta ainda como um dos primados do direito moderno quando analisadas as dimensões alcançadas pelos chamados 'direitos fundamentais' dos indivíduos. Na feliz expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, são tais direitos fundamentais "apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia" (Em 'A eficácia dos direitos fundamentais'. Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 48).

57. A idéia de igualdade propugnada pela Constituição Federal não difere, em essência, do conteúdo oferecido ao princípio da isonomia previsto na jurisprudência alemã. A partir de 1945, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a interpretar o princípio da isonomia como um "postulado de igualdade", em que "só proíbe que o essencialmente igual se trate de maneira diferente, mas não, ao contrário, que o essencialmente desigual se trate de maneira diferente em correspondência com a desigualdade existente. Viola-se o princípio da igualdade quando não se pode encontrar para a diferenciação ou equiparação legais um argumento razoável, que surja da natureza das coisas e seja materialmente evidente, em resumo, quando a determinação há de ser qualificada como arbitrariedade" (apud Reis, Carlos David S. Aarão, em 'Família e igualdade'. Ed. Renovar, 1992, p. 44).

58. Mesma posição é adotada por Carlos David S. Aarão Reis ao complementar a noção de igualdade acolhida constitucionalmente. Como afirmado pelo autor, "já se pode elaborar um critério medianamente seguro para examinar se a norma jurídica, estabelecendo uma desigualdade, ofende ou não o princípio da isonomia. Em resumo, o ponto de referência, eleito pela norma para o tratamento desigual, deve ser relevante, necessário se faz tenha a discriminação um fundamento. Deve ele ser razoável, justificado objetiva e materialmente, decorrendo da natureza das coisas. Não pode ser arbitrário ou caprichoso. Precisa Ter relação com o objeto da regra, servindo às suas finalidades" (Reis, ob. cit., p. 45).

problemas do âmbito do direito de família. Mas, sim, o de obrigar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade material: a de igualdade entre familiares nas suas relações de convívio.

Na teoria, a adoção constitucional do princípio da igualdade prepara, de certa forma, o ordenamento jurídico para a recepção de novas doutrinas. É que prevendo o conceito de igualdade uma abertura do sistema para que os membros da família sejam considerados de forma isonômica como sujeitos de direitos, permite, de outra parte, o reconhecimento de suas individualidades e de uma maior respeito a seus direitos fundamentais. Em outras palavras, autoriza que se comece a enfrentar a matéria de direito de família a partir de um resgate do 'sentimento', da busca de um maior humanismo na resolução dos desafios jurídicos que se apresentam⁵⁹.

Na prática, a aplicação do conceito de igualdade jurídica na área da Família passou a autorizar, junto aos tribunais, a adoção de soluções mais equânimes a questões jurídicas não tuteladas de forma específica pelo direito positivo. Por vezes, ainda antes da Constituição de 1988, considerando-se até mesmo uma interpretação à margem do ordenamento jurídico vigente.

O primeiro avanço considerável notado junto aos tribunais foi em relação à eliminação de diferenças entre o filho nascido na constância do casamento e o filho extraconjugal, inclusive para efeito de reconhecimento da paternidade por homem já casado. Ainda antes da Constituição Federal as decisões mais inovadoras reconheciam de forma expressa a necessidade de prevalência de um conceito de igualdade na filiação como forma de "inculcar responsabilidade social"⁶⁰.

Foi a partir de 1988, no entanto, que dúvidas deixaram de existir quanto à adoção irrestrita do conceito de igualdade relativamente à filiação. Ainda que num primeiro momento a preocupação ficasse reservada mais intimamente à questão registral – como se verá -, em seguida, buscou-se na jurisprudência um sentido mais preciso à igualdade defendida, passando o conceito a garantir também ao filho o direito de ver exercitados na prática os deveres decorrentes da paternidade.

Assim, por exemplo, em matéria patrimonial/sucessória. Ao admitir-se a adoção plena a menores de 18 anos, ainda antes da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) pela Lei nº 6.697/79, buscou-se garantir ao filho adotivo me-

59. O retorno ao sentimento busca resgatar um conceito de 'felicidade individual' em todas as searas jurídicas, especialmente em matéria de Direito de Família. Como bem destaca Carlos Alberto Ghersi, "es necesario antes de desarrollar estos derechos derivados, marcar o insistir en algo previo: el concepto posmodernista de la felicidad, pues condiciona y explicita toda esta temática de recreación de derechos individuales desde el derecho personalísimo. (...) Esto comienza a ser la base de la nueva felicidad, el placer y el vivir sin culpa. Se presenta como algo realista, que corregía utopías, se exaltaba la calidad de vida, por sobre la vida" (in 'La posmodernidad jurídica', Ed. Gowa, 1995, p. 33).

60. Esta responsabilidade é destacada por Sérgio Gischkow Pereira no ensaio 'Tendências modernas do direito de família', Ajuris, vol. 42. Novamente no texto do Des. Sérgio Gischkow vê-se a busca por um resgate do 'sentimento' no meio jurídico. "Ensina-se à comunidade a responsabilidade para com o próximo, passo obrigatório no objetivo de convencer o homem de sua imersão permanente em um mundo ético, pleno de reações e interações recíprocas, do qual não se consegue afastar o ser humano, por mais esforço que faça. A conscientização do perene mergulho ético é trilha segura na tentativa – para alguns já desesperada – de melhoria da humanidade. A lei não pode insistir em ignorar as realidades humanas" (p. 70).

nor de idade os mesmos direitos sucessórios garantidos ao filho biológico nascido no seio familiar. A desigualdade, portanto, permanecia verificada apenas em relação ao filho adotado maior de 18 anos que continuava se submetendo às regras gerais do Código Civil brasileiro de 1916, condicionada à hipótese de uma adoção simples quando em situação irregular⁶¹. Nesta situação, a jurisprudência vinha alcançando, ao máximo, a possibilidade de conferir ao adotado pelo sistema do Código Civil brasileiro o direito de concorrer à metade da herança de sua pais adotivos quando disputado o patrimônio com filhos legítimos nascidos após a adoção.

A audácia de doutrinas contemporâneas, contudo, construídas principalmente a partir da Lei nº 8.069/90, tem permitido que se busque uma interpretação integradora entre as regras do Código Civil ainda vigente e as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente quando lidas a partir do conceito de igualdade entre filhos previsto na Constituição Federal. A idéia básica de tais doutrinas é de que permaneçam íntegros os critérios formais do Código Civil para a adoção de maiores de 18 anos. Todavia, quanto aos efeitos materiais da adoção, con-

forme determinação constitucional, outra não pode ser a interpretação legislativa, senão pelo determinado na Lei nº 8.069/90, no sentido de que concorrem igualmente os filhos adotivos com os filhos biológicos ao patrimônio sucessório.

Reconhece-se, assim, que os critérios formais para a adoção de maiores são os previstos no Código Civil, mas os efeitos, conforme a Constituição Federal, devem ser os previstos na Lei nº 8.069/90, única a estipular de forma positivada a efetiva igualdade na filiação após a Constituição Federal.

E não há, nem mesmo, como se considerar que mereça maior crédito jurídico a vontade declarada pelos pais adotivos quando promoveram o vínculo de adoção. Reconheceu já o Tribunal de Justiça do RS, ainda que em ação relativa à adoção de menor, que mesmo anterior à Constituição Federal de 1988 a adoção confere ao adotado o direito de suceder em igualdade de condições com o filho biológico, ainda que outra fosse a volição das partes adotantes no momento de formação do ato⁶².

Ainda na esteira de aplicação de um conceito de igualdade, passou-se a trabalhar também de forma diferenciada o di-

61. Conforme a doutrina de Sálvio de Figueiredo Teixeira, mesmo após a Lei 8.069/90, a ausência de uma disciplina legislativa específica criou dificuldade para conformar ao sistema jurídico posto a adoção do maior de dezoito anos não sujeito à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente. "Aquele com mais de dezoito anos só poderá ser adotado na forma do direito comum, e os vigorantes dispositivos do Código Civil aplicam-se apenas ao menor em situação regular. Cria-se uma situação peculiar, porque o menor de dezoito anos em situação irregular, após os dezoito anos, não encontra tutela sob a forma de adoção. A colocação em família substituída será realizada, nessa faixa etária, pela guarda ou tutela. O Estatuto não dispõe a respeito da adoção simples, que mandava aplicar, ao menor em situação irregular, a lei civil (art. 27 do Código de Menores). Limitou-se a dispor a respeito da adoção dentro da conotação que vigorava para a legitimação adotiva e adoção plena, com integração total do menor na família substituída", in "Direitos de família e do menor", Del Rey Editora, 2ª ed., 1992, p. 133.

62. Na Ap. Cível nº 595025859, TJRS, 8ª Câm. Cív., consta da ementa o que segue: "Filha adotiva. Direito à herança. Pedido de reconhecimento de herdeira cumulado com petição de herança. Adoção de menor mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, confere ao adotado o direito de suceder em igualdade de condições com o filho biológico. A modificação da lei sujeita nos efeitos jurídicos a adoção, porquanto as disposições de um estatuto legal subordinam-se às leis sucessivas. A volição das partes age na formação do ato, mas não no que tange aos efeitos, quando alterados por lei posterior, havendo pouco espaço para as noções de direito adquirido e de ato jurídico perfeito."

reito/dever do 'pátrio poder' no direito de família. É que a Constituição Federal, ao conferir atenção especial à igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal e ao disciplinar sobre a igualdade entre filhos, permitiu maior intervenção positiva do Estado, instituindo o dever de que seja assegurado à criança e ao adolescente, enquanto desfrutem de tal condição etária, a possibilidade de usufruto de seus direitos fundamentais⁶³.

Esta maior proteção ao filho, principalmente quando menor, independentemente de sua origem, busca assegurar também a individualidade da criança e do adolescente ainda que, para tanto, seja necessário quebrar com um princípio de proteção à honra da família, como bem ressalta o professor Erik Jayme em sua análise do Direito de Família à luz da visão pós-mo-

derna do Direito⁶⁴. Ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva ao núcleo familiar, a Constituição Federal permitiu que se reconhecesse constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente considerados antagônicos: o de proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade.

Exemplo concreto deste avanço está em recente decisão do Tribunal de Justiça do RS que confere ao filho adotivo o direito de ver reconhecida a sua paternidade biológica⁶⁵. Acima de um direito de busca às suas origens, permite tal entendimento jurisprudencial que se passe a destacar a adoção de um princípio de igualdade entre os vínculos de paternidade estabelecidos, conferindo ao filho, em razão de sua individualidade, o direito de optar pela adoção

63. Na precisão doutrina de Sérgio Gischkow, há que se entender uma significativa alteração de significado da expressão 'pátrio poder'. "O próprio nome do instituto não reflete mais seu efetivo significado. O pátrio poder é, mais que um poder, um complexo de deveres dos pais em relação aos filhos, colimando conquistem estes uma boa formação intelectual, moral, dentro da maior higidez somática e psíquica. Não mais importa o interesse dos pais, mas sim o interesse dos filhos. Tanto que, no caso de separação dos pais, a guarda do menor é equacionada em função do que lhe convém, abstraído o desejo dos pais que, por sinal, seguidamente utilizam os menores como instrumento de hostilização recíproca" (ob. cit., p. 72).

64. Já em 1996 comentava o professor alemão a característica individualista crescente na seara do Direito de Família, a partir de uma maior valoração conferida pelas doutrinas e legislações contemporâneas aos direitos individuais e pessoais daqueles que compõem, justamente, o núcleo familiar. O reforço ao individualismo apesar da manutenção da existência de um todo familiar é apoiado por Erik Jayme com base em um direito pós-moderno, conforme defesa efetuada em palestras proferidas na Universidade Federal do RS, setembro de 1996.

65. Ainda na ementa é possível verificar-se o alcance renovado da decisão, que inaugura a possibilidade de exame da paternidade biológica a filho adotivo em perspectiva pós-moderna. "Filha adotiva. Investigação de paternidade. Possibilidade - Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente na Carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada de ver reconhecida a paternidade biológica, os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar a sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento deparamos com pessoas registradas em nome de terceiros, que obtêm o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por consequência, anulado o registro anterior. Sentença cassada, para que outra seja proferida enfrentando o mérito da causa" (RJTJRS nº 176, p. 766 – Apelação Cível nº 595118787, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres).

do vínculo de paternidade que entenda ser mais relevante⁶⁶.

A abertura conferida constitucionalmente pela adoção de um conceito de igualdade em matéria de filiação permite, portanto, que se garanta uma nova perspectiva ao Direito de Família positivo brasileiro⁶⁷. Perspectiva esta que fundamentalmente trabalha regras jurídicas antigas com interpretação constitucional recente e eventualmente com a edição de nova normas de integração ou definidoras de situações fáticas até então não abrangidas por determinação legal⁶⁸. E, mais ainda, perspectiva de estudo que garante a brecha necessária à recepção de novas doutrinas que

possam conformar situações do mundo dos fatos ao sistema jurídico posto⁶⁹.

IIª Parte Igualdade de Qualificações entre filhos

A Constituição Brasileira ao consagrar o princípio da igualdade dos filhos o fez de maneira bastante peculiar. Em primeiro lugar tratou de positivamente afirmar a igualdade de direitos independentemente da origem dos filhos (havidos ou não da relação de casamento ou por adoção) e em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designações discriminatórias. A disciplina, que consta do artigo 227, parágrafo 6º, foi delineada nos tri-

66. A decisão anteriormente destacada destoa da jurisprudência corrente que ainda segue uma tendência modernista de preservação dos laços de paternidade originais, como segue visto. "Investigação de paternidade. Adoção. Pretensão de ver investigada a paternidade biológica da menor adotada. Impossibilidade em face da desvinculação com a família antiga - Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessando quaisquer vínculos com a antiga família, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado. Nessa conjuntura, adotada a menor investigante, reveste-se de impossibilidade jurídica a sua pretensão à investigação de sua paternidade biológica, pois que esta, para todo e qualquer efeito jurídico, resultou também apagada" (RT 745, p. 361 - Apelação Cível nº 96.004874-0, 1ª Câmara Cível do TJSC, Rel. Des. Trindade dos Santos).

67. Ainda que se constate o acento moderno às legislações em vigor, a tônica pós-moderna, como visto, inicia caminhada na seara jurisprudencial. Esta certeza é verificada pela abertura conferida de respeito à consideração individual dos direitos de cada sujeito de direito, independentemente do fato de que participe de uma entidade familiar. Não há, contudo, a ausência do coletivo, mas a busca de uma integração entre os valores individuais e do 'todo' a que pertencem os sujeitos de direito. É no mesmo sentido que se encaminha a adoção do princípio de totalidade concreta, com muita propriedade, por Karel Kosik no sistema de relações contemporâneo. E, por que, aplicado também às relações familiares, justamente nessa visão pós-moderna que se pretende conferir ao Direito de Família contemporâneo, principalmente em relação à aplicação do princípio de igualdade no âmbito da filiação. "Existe uma diferença fundamental entre a opinião dos que consideram a realidade como totalidade concreta, isto é, como um todo estruturado em curso de desenvolvimento e de autocriação, e a posição dos que afirmam que o conhecimento humano pode, ou não, atingir a 'totalidade' dos aspectos e dos fatos. No segundo caso, a realidade é entendida como o conjunto de todos os fatos. Como o conhecimento humano não pode jamais, por princípio, abranger todos os fatos, a tese da concreticidade ou da totalidade é considerada uma mística. Na realidade, totalidade não significa todos os fatos. Totalidade significa: realidade como um todo estruturado, dialético, no qual ou do qual um fato pode vir a ser racionalmente compreendido" (Karel Kosik, 'Dialética do concreto', 5ª ed., Editora Paz e Terra, São Paulo, 1989, p. 35).

68. É o caso das Lei nº 8.560/92 e 9.278/96 que regulam, respectivamente, os institutos da paternidade e da união estável após a edição da Constituição Federal brasileira.

69. A possibilidade de adoção de uma concepção pós-moderna ao Direito de Família, como demonstrado pela doutrina de Erik Jayme, não é distante da prática possível de ser exercitada nos tribunais contemporâneos. O que defende o autor, como um dos elementos essenciais do pós-modernismo, é uma maior sensibilidade do jurista em relação a integração de diferentes elementos culturais na defesa e interpretação dos direitos humanos. "Le 'leitmotiv' Qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle primordial des droit de l'homme, et je vais consacrer une attention toute particulière à leur influence dans notre propos"

bunais anteriormente, demonstrando a sensibilidade da jurisprudência brasileira voltada para a situação da qualificação dos filhos que, por fim alçou foro constitucional. O aspecto negativo do princípio, que nos propomos a cuidar ora em diante, ou seja, é o da proibição de qualificações discriminatórias. Para tratar-se deste aspecto é necessário mostrar o contexto que fez com que este tipo de discriminação se tornasse merecedora de corrigenda e o modo pelo qual o Judiciário vinha atuando neste sentido. Após, dever-se-á avaliar a extensão e efeitos desta norma constitucional determinando seu real sentido e, com a ajuda da evolução da legislação infra constitucional e da jurisprudência, em contraste com as idéias pós-modernas, flagrar a sua efetividade.

A vedação de qualificações discriminatórias provenientes da filiação gerou uma mudança na classificação da filiação no direito brasileiro. Anteriormente⁷⁰ se classificava a filiação como legítima quando os filhos pro-

vinham de pais casados entre si⁷¹ e ilegítima quando os filhos não tinham esta situação. No caso dos ilegítimos, se não houvesse impedimento para o casamento dos pais eram chamados de naturais. Havendo impedimento para o casamento dos pais, os filhos eram qualificados como espúrios⁷² e, dependendo da natureza deste impedimento, os filhos poderiam ser classificados como adúlteros, filhos cujos pais, ou um dos pais, era casado e incestuosos quando os pais eram impedidos de casar em virtude do parentesco. A questão no caso dos filhos espúrios se cingia a analisar a natureza do impedimento dos pais no plano jurídico para então qualificar os filhos.

Esta idéia de filiação ruiu com a vigência da nova carta constitucional, a qual afirmou o princípio da igualdade entre os filhos de maneira ilimitada de forma reiterada, não havendo espaço para que se cogite de espécies de filiação⁷³, a não ser para fins didáticos ou doutrinários⁷⁴. O argumento

70. O professor Sílvio Rodrigues faz a seguinte classificação: "Ao ser promulgado o Código Civil distinguiam-se os filhos legítimos e ilegítimos, sendo os primeiros nascidos de justas núpcias; os demais, fora do casamento. Dentre os ilegítimos havia os naturais e os espúrios. Aqueles eram os filhos de pessoas não casadas entre si, mas que não estavam impedidas de fazê-lo, por inexistir impedimento absolutamente dirimente. Espúrios eram os concebidos no adultério, ou entre parentes em grau que os proibia de se casarem. Os primeiros eram chamados de adúlteros, e incestuosos os segundos." Esta página do mestre, citada por Wilsom Liberati bem ilustra a mentalidade classificatória dos filhos segundo a sua origem em Liberati, Wilson Donizeti. Adoção Internacional. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

71. Assim definia a filiação legítima o autor do Código de 1916, Clóvis Beviláqua: "A filiação é legítima: 1º, se no momento da concepção, o pai e a mãe se achavam vinculados por casamento válido; 2º putativo; 3º, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei." em Beviláqua, Direito da Família, 8ª ed., atual. pelo Des. Isaias Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.p. 309.

72. Diz Beviláqua dos filhos espúrios: "Se o pai ou mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio com outrem o filho se diz adúltero; se os progenitores são, entre si, parentes em grau tão próximo, que não se poderiam, validamente, casar, o filho se denomina incestuoso. Estas duas espécies, a dos adúlteros e a dos incestuosos, formam a espécie dos bastardos, ou antes, espúrios." Beviláqua, Clóvis. Op. Cit. p. 320-321

73. Costa, Maria Isabel Pereira da. A filiação e a nova Constituição Federal in AJURIS, Nº XVI, v. 45, março, 1989, p. 110.

74. Gischkow, Sérgio. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. Revista dos Tribunais, nº 639, janeiro, 1989, p. 231. O mesmo autor em julgado que tratava de investigação de paternidade assim se pronunciou: "em nosso sistema jurídico atual é proibido utilizara denominações discriminatórias quanto aos filhos. Não mais há falar em filhos legítimos e ilegítimos: a única classificação possível é entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais (a única, mas significativa diferença, entre estas duas categorias, é que os segundos devem ajuizar ação investigatória de paternidade)." (RJTJRS nº 175, p.721 - Apelação Cível nº 595163114, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira).

que fundamenta a mudança está no foco da qualificação dos filhos na ordem anterior estar voltado para os pais como que culpando os filhos pelos atos dos pais, notadamente no caso dos filhos espúrios⁷⁵. Isto era feito sob o argumento de que de outra forma se estaria desestabilizando a estrutura familiar, num movimento que visa a *solapar as bases da família constituída pelo casamento*⁷⁶. Na verdade o que se fazia era punir⁷⁷ o mais próximo, na falta de outros, a vítima de uma situação para a qual não contribuiu. O tratamento era profundamente injusto e gerava uma situação discriminatória e inaceitável em relação aos filhos, fruto da hipocrisia inculcada na sociedade e refletida na legislação, como se as leis, por si só, pudessem mudar os padrões sociais efetivos⁷⁸. O que se estava a fazer, para muitos, era a acobertar a “irresponsabilidade masculina”, em vez de incentivar a responsabilidade, justamente o que o princípio da igualdade entre os filhos consagra⁷⁹.

75. Costa, Maria Izabel Pereira da. *Op Cit.* p. 110.

76. Pereira, Sérgio Gischkow. *Tendências ...* p. 69 discorrendo sobre as idéias expressas pelo mestre Caio Mário da Silva Pereira.

77. Lafayette citado no Provimento nº 34/88 da CGJ - RS destaca o caráter punível da situação. Assim o Provimento a ele se refere: “Os espúrios, na lição do nosso clássico autor, provinham de coito danado e punível”. p. 4.

78. Gischkow utiliza-se da lição de Caio Mário da Silva Pereira ao abordar o assunto in *Tendências modernas do Direito de Família*. AJURIS, nº XV, v. 42, março, 1988, p. 69. Contudo, pode-se ainda divisar a origem desta hipocrisia social na concepção da família romana, que ignorava a caridade social mas que ensinava virtudes domésticas aos filhos deixando de fora os filhos extraconjugais por estarem fora do culto familiar, não sendo com isto parte da família. Para esta concepção veja-se a obra clássica de Fustel de Coulanges, *A cidade antiga* e o artigo de Reis, Clayton. A filiação ilegítima e a Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, nº 28, v. 109, janeiro/março, 1991. P. 249;

79. O princípio a igualdade entre os filhos está a *coartar a crescente irresponsabilidade masculina por séculos acobertada* no dizer do Des. Cristóvam Daiello Moreira em acórdão citado por pelo Des. Sérgio Gischkow Pereira. É também da lavra do Des. Gischkow a idéia de que este princípio está a responsabilizar aqueles que mantêm relações extraconjugais em vez de escondê-los através de uma atitude discriminatória. Pereira, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas ...* p. 70.

80. “o sistema codificado está calçado na preservação da instituição familiar matrimonializada, pelo que somente em casos excepcionais é que se admite o reconhecimento da paternidade não decorrente de casamento.” Delinski, Julie Cristine. O novo Direito da filiação. p. 40.

81. Fachin, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. p.46.

82. A dificuldade dos filhos extramatrimoniais se estendia também para o plano registral. Não é difícil ver que o fato de não haver registro de um dos pais é discriminatório trazendo óbices à vida dos filhos e afastando-os da plena cidadania. É também de ser atentado que isto atentava contra a legitimidade registral, pois a verdade biológica ficava totalmente afastada do registro.

83. Fachin, Luiz Edson. *Op Cit.* p. 47.

Contudo, a atitude discriminatória era favorecida pelo Código Civil de 1916. A filiação, era por ele concebida através da preservação da matrimonialidade⁸⁰, sendo esta a regra em matéria de filiação, em outras palavras, filho é o filho matrimonial, sendo excepcionalmente reconhecidos filhos de outras origens, que não o casamento. Interessante a dicção de Luiz Edson Fachin, no que diz respeito ao tratamento dado à família pelo Código de 1916. Segundo este autor, no sistema do Código Civil Brasileiro, há uma prevalência da instituição família diante das pessoas que a compõem, principalmente em relação aos filhos, por via da prevalência do vínculo matrimonial à quaisquer outros vínculos familiares e de um desenho patriarcal de família⁸¹. Assim a filiação extramatrimonial ficava num plano inferior, com tratamento diferenciado e discriminatório a ponto de se deixarem crianças sem pai declarado⁸², deixando “à margem um número expressivo de filhos oriundos de relações extramatrimoniais”⁸³.

Não é difícil observar que a sociedade mudou muito nestes oitenta anos. O desenvolvimento dos direitos da criança e a liberação sexual provocaram uma ruptura no conceito de família e a conseqüente ampliação dos direitos dos filhos ilegítimos. Nesta linha a legislação brasileira foi pouco a pouco avançando na direção da igualdade. Com relação aos filhos de pais casados não entre si, criando situações em que paulatinamente os filhos poderiam ser reconhecidos, em geral com tendo em vista a força do vínculo matrimonial⁸⁴, o que não foi acontecendo e relação aos filhos advindos de relação havida com impedimento matrimonial⁸⁵. Neste evoluir legislativo desde 1941 a própria lei, através do Decreto nº 3.200/41, já trazia consigo a idéia de que a menção da qualidade de ser legítima ou ilegítima a filiação não deveria ser mencionada, a não ser a requerimento do interessado ou por decisão judicial “ com o fito de evitar situações vexatórias”⁸⁶.

Com o advento da nova ordem constitucional o Judiciário do Rio Grande do Sul

se preocupou com a matéria e lavrou um Provimento através da Corregedoria Geral de Justiça em relação ao registro sem discriminações. O provimento nº 34/88 - CGJ-RS, cuja exposição de motivos é uma bela página doutrinária, testemunha da mentalidade reinante na jurisprudência, a qual criou as bases para o reconhecimento constitucional da igualdade entre os filhos, dá conta da dificuldade que os filhos extramatrimoniais possuíam para o registro de nascimento⁸⁷. Com isto eliminou-se a necessária referência existência de vínculo matrimonial entre os pais, bem como a possibilidade de verem registrados os filhos de casais com impedimentos absolutos ao casamento entre outras normas que facilitaram o reconhecimento dos filhos⁸⁸, bem como se regrou o registro não discriminatório dos filhos duplamente adulterinos, estando os pais convivendo os respectivos cônjuges⁸⁹. A matéria veio a ser posteriormente regulada na Lei nº 8.560/92, que dispõe sobre a investigação de paternidade. Esta lei facilita sobremaneira o

84. Bem analisando a evolução da legislação poderemos notar que inicialmente somente os filhos poderiam ser reconhecidos com a dissolução da sociedade matrimonial, ou mesmo cinco anos após a separação de fato na Lei nº 883/49, com redação dada pela Lei nº 7.250/84. A lei do Divórcio em 1977 veio dar nova redação a alguns artigos da Lei nº 883/49, permitindo o reconhecimento através de testamento cerrado e a igualdade de direito relativos à herança dos reconhecidos e a jurisprudência vinha aceitando o filho de separado judicialmente com o simplesmente natural e os adulterinos a *matre* havendo separação de fato e, por final, convalidando o registro de filho adulterino realizado pelo adúltero após a dissolução da sociedade matrimonial. A evolução aparece in Pereira, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas...* p. 78.

85. Pereira, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas ...* p. 79.

86. O dispositivo da lei é o artigo 14. Interessante notar julgado do TJRS que trata a questão da qualificação na mesma linha sem argumentar com a norma constitucional: “(...) O direito de pleitear alimentos, em razão da paternidade, esse decorre de direito substancial dos filhos e não tem restrição alguma por qualificações de lei e doutrinas anacrônicas(...)” (AGI Nº 588059410. REL Des Milton dos Santos Martins)

87. A exposição de motivos do Provimento assim leciona: “ Em relação aos filhos incestuosos e adulterinos (estes, enquanto vigente a sociedade conjugal), estabeleciam-se obstáculos registraes. Agora, não vigem quaisquer óbices. Mesmo o filho duplamente adulterino caberá ser registrado com o nome de seus verdadeiros genitores. Exatamente em respeito ao princípio da verdade vigorante quanto aos registro dos filhos. Fora disso, quebra-se a unitariedade de tratamento da filiação e desrespeita-se o princípio constitucional.” p. 4

88. Costa, Maria Isabel Pereira. *Op. Cit.* p. 111/115.

89. Pereira, Sérgio Gischkow. *Algumas questões...* p. 231.

reconhecimento de filhos e, entre outras disposições faculta o registro apenas materno com a indicação do provável pai, neste caso em separado até a comprovação e no artigo 5º afirma que não se fará referência à natureza da filiação, a sua ordem em relação aos outros irmãos do mesmo prenome, e ao casamento dos pais.

Os filhos adotivos sofriam a mesma discriminação. A ordem anterior, cujo pensamento predominante via a família mais no seu caráter biológico do que afetivo⁹⁰ discriminava o filho adotado, principalmente para fins patrimoniais, colocando-o numa situação inferiorizada em relação aos outros filhos e na sociedade.⁹¹ A legislação através da Lei nº 6.697/79, regra a adoção plena inserindo o adotado no núcleo familiar e a jurisprudência na interpretação ampliativa da adoção⁹² já sinalizavam para o passo que seria tomado pela Constituição de 1988, ou seja, o desaparecimento da diferenciação entre adotado simples e pleno. Os adotados possuem os mesmos direitos⁹³ só poden-

do ser plena a adoção⁹⁴, em igualdade de condições com a filiação consanguínea⁹⁵. Possuindo os mesmos direitos devem em contrapartida do princípio ter a mesma qualificação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 ao disciplinar a adoção traz como um de seus efeitos a inscrição registral, com cuidados para não ferir a igualdade de qualificação entre os filhos (art. 47, *caput* parágrafo 3º, notadamente). Nela a proibição de quaisquer qualificações discriminatórias assume papel fundamental na total integração da adotado à família do adotante e o rompimento dos vínculos familiares ulteriores, como que apagando o registro anterior, pois nada há de constar sobre a origem do ato⁹⁶. A adoção estatutária, ao exigir os registro novo, cortando os vínculos do adotado com a família biológica o faz com o sentido de dar nova origem ao adotando, uma origem indistinta dos demais eventuais filhos. Na mesma linha, o direito italiano proíbe quaisquer anotações registraes da origem da filiação e mesmo o fornecimento de certidões em que

90. "Não é o vínculo consanguíneo, por si só, que deve ser levado em conta, mas também a realidade da afeição, da convivência, da assistência, da amizade profunda, da simpatia e da empatia" Pereira, Sérgio Gisckow. *Tendências modernas...* p.70.
91. Veja sobre a adoção internacional Lima Marques, Claudia, *Novas Regras sobre a Adoção Internacional no Direito Brasileiro*, in Revista dos Tribunais nr. 692, pg. 7.
92. Pereira, Sérgio Gisckow. *Tendências modernas...* p. 79.
93. Pereira, Sérgio Gisckow. *Algumas questões...* p. 231.
94. Cabe aqui, novamente a utilização das cristalinas expressões do Provimento nº 34/98 CGJ - RS, como uma ressalva: "Os efeitos da adoção é que passam a ser uniformes". p. 4.
95. Costa, Maria Isabel Pereira da. *A filiação...* p. 113.
96. "Transparece claro que o intuito do legislador foi o de apagar o registro antecedente, abrindo-se outro, como se fosse um novo nascimento, imitando a natureza" p. 153. Filho, Artur Marques da Silva. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Note-se um exemplo jurisprudencial que bem anota a mudança de tratamento: "(...) declarar que o menor em questão não é filho legítimo do casal, mas filho adotivo, devendo assim ser considerado o assento de nascimento no registro civil(...)". (APC nº 500192877, Rel. Des Júlio Martins Porto). A igualdade é tão forte que aparece como motivo para fazer retroagir os efeitos da norma constitucional: "(...) A Lei Constitucional nova opera a igualização do filho adotivo ao biológico em todos os direitos, e incide mesmo sobre base fática originada antes de sua vigência." (AGI nº 597017730. Rel. Des. Carlos Alberto Alves Marques).

esta conste, a não ser por força de decisão judicial⁹⁷.

Destas normas pode se extrair que, por traz da indistinção dos filhos quanto à qualificação está o desvalor do sistema quanto à origem da filiação, o que importa é a posse de estado de filho⁹⁸, que através da norma constitucional e do trabalho jurisprudencial conformam um novo sistema de direito de família.

O Projeto do Código Civil em tramitação no Congresso Nacional adota o tratamento não discriminatório de um modo geral. Contudo, no artigo 1.625 faz uma qualificação inconstitucional ao dispor: "A filiação incestuosa, reconhecida em sentença irrecorrível não provocada pelo filho, ou quando comprovada em confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade". A finalidade da norma é a de responsabilizar o pai incestuoso pela sua confissão ou quando a condição do filho for reconhecida por sentença. Todavia, para tal utilizou-se de nomenclatura incorreta e inconstitucional e estabeleceu

recurso não estendido aos outros filhos extramatrimoniais. Além disto, a lei traz mais uma hipótese de reconhecimento de paternidade, que é a por simples declaração escrita do pai, benefício não alcançado ao filho extramatrimonial de pais casados, trazendo não somente diferenciação de qualificação como de tratamento.

Assim, o anteprojeto acaba por revelar conformidade com o sistema anterior, cuja tônica era a de tratamento diferenciado, evidente na qualificação, que num sistema de exceções, com as hipóteses de reconhecimento de paternidade, continua a discriminar⁹⁹. Dir-se-ia do projeto estar atrasado e relação ao arcabouço teórico impulsionado pela Constituição e jurisprudência.

Resta a questão de avaliar se este direito de família que brota na norma constitucional é ou não pós-moderno. Claramente está a sua fundamentação na teoria dos direitos, no princípio da igualdade em sua delimitação mais clássica, ou seja a

97. A função do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a de que "nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro". A Lei italiana (Lei 184/83), onde se impõe que "o oficial do registro civil e o oficial do registro anagráfico devem se recusar a fornecer informações, certidões, extratos ou cópias das quais possam, de qualquer forma, resultar os liames da adoção, salvo autorização expressa da autoridade judicial(...)". em Filho, Artur Marques da Silva. *Op Cit* p. 153.
98. O objeto do estudo na posse de estado de filho é a fixação do vínculo de filiação socio-afetiva. Delinski, Julie Cristine. *Op Cit*. p. 41e ss. Entretanto, a definição do que seja posse de estado de filho é matéria complexa. Na obra supracitada a autora introduz a noção através de uma visão histórica e da análise comparativa com os institutos jurídicos da posse (de direitos reais) e da teoria da aparência. O Professor Facchin assim se expressa: "Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam." *Op. Cit*. p. 161. Contudo, vale apenas a citação que o autor faz de um julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que assim a ela se refere: "o tratamento como filho envolve a reputação de filho ser" p.161.
99. Salienta-se que as hipóteses de reconhecimento de paternidade aparecem com função similar a da já citada legislação anterior à Constituição de 1988, ou seja, abrir brechas por exceções ao princípio vigente. Não se instaura a filiação de maneira a conciliar o vínculo de filiação jurídico, o biológico e o sócio-afetivo como ocorreria se fosse aduzida a hipótese de reconhecimento da paternidade pela posse de estado de filho, por exemplo (o Projeto não o faz, já assevera Delinski, Julie Cristine. *Op Cit*. p. 41) Assim o que poderia ser considerado como uma falha na qualificação nos parece uma falha de fundo valorativo e estrutural.

igualdade de tratamento jurídico¹⁰⁰, é uma característica da modernidade. O direito pós-moderno procura garantir o direito à diferença na busca da manutenção da identidade cultural dos grupos utilizando-se do princípio da igualdade no sentido de que situações diferentes sejam tratadas diferentemente¹⁰¹ em clara utilização do princípio de justiça comutativa aristotélica¹⁰².

O individualismo identificado por Jayme¹⁰³, a *soft law*, a pluralidade de fontes e métodos, o retorno dos sentimentos aparecem no direito brasileiro, mas não como opções assumidas no núcleo do sistema. O direito relativo às qualificações dos filhos o demonstra de forma cabal. O que se procura desenvolver, antes do direito à diferença é a plenificação da igualdade, antes da identidade cultural é o rompimento completo da vinculação da origem dos filhos. São os elementos identificados, talvez, arautos de uma etapa por se desenvolver e quiçá identificadores de um período de transição¹⁰⁴.

O quadro da qualificação de filhos no Brasil, portanto pode ser caracterizado como moderno. Contudo, não impede que a identidade cultural do filho seja por ele buscada¹⁰⁵. O princípio da legitimidade do registro, impõe que, se não para a qualificação do filho em documentos oficiais as informações a respeito de quem são seus pais continuem resguardadas. Assim, se o filho julgar necessário ou conveniente terá acesso a estas informações.

O problema cinge-se da pergunta da conveniência de um tratamento pós-moderno à qualificação, uma vez que os preconceitos sociais continuam a existir demandando uma proteção estatal forte ainda dos filhos extramatrimoniais.

Conclusão

Neste trabalho em que se pretendeu efetuar um juízo de constatação sobre a realidade científica do Direito de Família no

ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, também as conclusões extraídas situam-se numa área de verificação da situação jurídica existente, basicamente à luz da jurisprudência inovadora¹⁰⁶ e de uma realidade legislativa ainda com características bastante tradicionais¹⁰⁷. A marca do Direito de Família na legislação atual brasileira ainda é moderna, centrada na idéia de proteção ao núcleo familiar e intervenção do Estado para preservar as relações familiares.

A própria Constituição Federal, ainda que reconhecendo a união estável, protegeu a unidade familiar e reconheceu a necessidade de interferência do Estado para a solução dos conflitos a partir de uma perspectiva de coletividade. Assim, inclusive, com relação ao direito de filiação e ao reconhecimento da idéia de igualdade entre os filhos.

A perspectiva de mudança no Código Civil brasileiro é também dentro de uma visão moderna, em que se preserva a unidade familiar em relação ao próprio direito de reconhecimento de origem reservado aos filhos de uma relação matrimonial ou não. Não permite, por exemplo, o Projeto de Código Civil a investigação de maternidade que tenha por

fim atribuir à mulher casada um filho havido de relação extramatrimonial, salvo se já dissolvida a sociedade conjugal ou após um ano de separação de fato do casal (art. 1.626).

Contesta esta previsão legislativa, por conseqüência, a tendência pós-moderna de acesso dos filhos à descoberta de sua origem e a possibilidade de opção por uma qualificação exata. Em verdade, mantém uma visão tradicional do sistema jurídica pela preservação do aspecto coletivo, sem a individualização dos interesses daqueles que compõem o núcleo familiar. Ou seja, sem a identificação do individualismo que pretende Erik Jayme numa visão pós-moderna das relações jurídicas¹⁰⁸. Pressuposto este que permitiria ao filho optar pela escolha da paternidade ou maternidade e, inclusive, pela prevalência do aspecto biológico na fixação da filiação, sendo o caso, independentemente do comprometimento de qualquer um de seus progenitores com uma instituição familiar estabelecida.

A ausência de normas narrativas no capítulo da filiação no Projeto de Código Civil, inclusive quanto à fixação de uma responsabilidade pela paternidade ou mesmo de possibilidade de adoção de um crité-

100. O autor identifica na modernidade a teoria dos direitos, dos novos direitos surgidos através da intervenção estatal corretiva. O seu objeto é a economia, mas podemos notar que no caso houve uma intervenção retificadora que beneficiou um 'grupo social' o dos filhos extramatrimoniais. Reich, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica), Revista de Direito Público. n.º 23, v. 94, abril-junho de 1990. p.277.

101. Jayme, Erik. *Cours général de droit international privé. Recueil des Cours*. T. 251, v. 1995, 1996 p. 251.

102. Aristóteles, A Ética à Nicômaco, Cap. V.

103. Conforme o já explicitado supra.

104. Que talvez seja o próprio po-modernismo, quando então seria melhor usar a expressão de Boaventura de Souza Santos, ou seja, transição pós-moderna, período no qual se deixará a racionalidade global em favor de uma multiplicidade de mini-racionalidades, totais em si mesmas e presentes em muitas partes. (Santos. Boaventura de Souza. *La transición postmoderna: Derecho e política* in DOXA n.º 6, p. 237). Contudo, no nosso caso, os ideais da racionalidade global ainda não se desintegraram, talvez devido não se terem realizado o suficiente. Não há uma pretensão de esgotamento pois as possibilidades não foram ainda implementadas totalmente, principalmente num país em desenvolvimento como o Brasil.

105. Aqui pode se demonstrar a linha jurisprudencial que faculta a investigação de paternidade mesmo contra prova constituída pela registro. Importante a a orientação do julgado que tem por relator o Des. Adroaldo Furtado Fabrício neste sentido (APC n.º 589046564 - TJRS), em matéria de origem adúltera a *matre* que foi seguida por outros julgados (AGI n.º 59001164, Rel. Des. Lio Cezar Schmitt, APC n.º 591036959, Rel. Des. Clarindo Favretto).

106. Nos exemplos trabalhados no texto, encontram-se decisões recentes do Tribunal de Justiça do RS no sentido de ampliar o direito investigatório de paternidade aos filhos, permitindo-lhes o amplo acesso às suas origens. É o que revelam as decisões publicadas na RJTJRS n.º 176/766 e 175/721.

107. Assim nas disposições do Código Civil brasileiro que ainda mantém, positivamente, regras como a que impede a contestação a qualquer pessoa do que conste em registro civil de nascimento, salvo provado erro ou falsidade no registro (art. 348). O motivo, permite a qualquer pessoa contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade (art. 1627).

108. Conforme as lições de Erik Jayme, quando proferidas aulas na Faculdade de Direito da UFRGS, em setembro de 1996, tem sido notado um maior *individualismo* nas discussões pertinentes ao Direito de Família, conferindo-se destaque aos direitos pessoais dos integrantes do núcleo familiar, principalmente para que seja reconhecido maior valor à defesa dos direitos fundamentais, como o direito de acesso às origens e a uma qualificação pelos filhos.

rio de verdade 'socio-afetiva'¹⁰⁹ em matéria de determinação dos laços de filiação, demonstram o afastamento de uma tendência pós-moderna no Projeto de Código Civil. Bem ao contrário do que já existe no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), este sim voltado à disciplina de condutas e preocupado com as relações interpessoais inclusive de afeto¹¹⁰.

Mas se a concepção moderna é ainda prevalente no ordenamento jurídico positivo, à exceção de leis esparsas como a Lei 8.069/90 nos dispositivos que se referem à filiação, a nota da pós-modernidade tem sido verificada nas decisões contemporâneas dos colegiados, especialmente quando analisam o problema da paternidade. Nota-se que é crescente a discussão sobre a possibilidade de adoção da verdade socio-afetiva em matéria de investigação de paternidade, relativizando-se a sacralização do parentesco biológico¹¹¹.

O mesmo, como constatado, segue verificado no acesso garantido pelos tribunais aos filhos da investigação da sua origem, independentemente do parentesco que exista no plano jurídico¹¹². Garantem,

assim, os tribunais a observação do requisito da individualidade presente no pós-modernismo e devidamente identificado por Erik Jayme nas relações de família. É em decisões colegiadas, mesmo que ainda isoladas, que se tem encontrado, no direito brasileiro, a ausência de uma preocupação da manutenção da família como instituição, voltando-se a preocupação do jurista para os indivíduos, nos vínculos que relacionam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, respeitados estes ainda que em detrimento da unidade familiar.

Impõe-se constatar, portanto, que os conceitos de pós-modernidade ainda com restrição restam-se integrados aos sistema jurídico brasileiro em matéria de filiação e mesmo no campo do Direito de Família. A adoção de normas narrativas, mais restritas às leis especiais, e a manifestação de um maior individualismo na perspectiva do reconhecimento de direitos de origem apenas por meio jurisprudencial, revela ainda ser incipiente a aplicação de um conceito pós-moderno no sistema jurídico brasileiro. Mas, no mínimo, uma preocupação com os elementos da pós-modernidade já se encontra evidenciada no sistema posto.

109. A expressão utilizada pela doutrina para a identificação do estágio atual da concepção de uma paternidade. "Nós atravessamos três estágios no Direito brasileiro: o primeiro cogitava-se a verdade jurídica; o segundo estágio passou-se para a verdade biológica; (...) Um coito apenas determina para a vida inteira o parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva" (por Gisckow Pereira, RJTJRS vol. 176, p. 771).

110. As determinações normativas do art. 19 da Lei 8.069/90, bem como as regras narrativas dos arts. 25, relativas à família natural, e 33, com relação à guarda de crianças e adolescentes.

111. Assim em trecho da decisão publicada na RJTJRS vol. 176, p. 772. "O que é que deve prevalecer afinal? A verdade biológica ou a verdade socio-afetiva? Parece que o ideal está na busca de um equilíbrio das três verdades: da verdade jurídica, da verdade biológica e da verdade socio-afetiva. Mas a terceira, por enquanto, está sendo muito desprezada; em nome, do que eu diria, esta divinização do parentesco puramente biológico".

112. Neste sentido extrai-se da jurisprudência: "O perquirir sobre o quem é o pai biológico é direito personalíssimo, imprescritível, pouco importando que o investigador tenha sido adotado ou que tenha sido reconhecido pelo marido de sua mãe, independentemente de prévia propositura de ação visando nulificar o registro anterior que registra a paternidade ficta ou biológica" (voto do Des. Eliseu Gomes Torres, publicado na RJTJRS, vol. 176, p. 770).

Direito Constitucional Comparado e Constitucionalismo Brasileiro *

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Professor Titular de Direito Constitucional da UFRGS

I. Introdução

Desde sua origem, o constitucionalismo latino-americano sofreu forte influência do direito constitucional comparado, em especial do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo norte-americano. Entretanto, enquanto que na Europa ou nos Estados Unidos da América do Norte o movimento constitucional traduziu em grande parte o projeto político dos setores modernos e urbanos da sociedade em sua luta contra o absolutismo e em defesa da liberdade, na América Latina e em especial no Brasil o movimento constitucional repercutiu os interesses dos setores tradicionais e agrários, protagonistas principais do processo de emancipação nacional.

Nesse sentido, as judiciosas palavras de André Hauriou:

"A emancipação das colônias espanholas e portuguesa do Novo-Mundo, no início do século XIX, teve como consequência a difusão das

instituições políticas americanas. Mas aqui a vaga de Constituições desenvolve-se em meios claramente diferentes:

a) os países da América Latina mantêm-se, mesmo após a proclamação de sua independência, como sociedades de estrutura francamente colonial. A vida política e sobretudo as assembleias são dominadas por oligarquias agrárias compostas de brancos ou de mestiços, que fazem e desfazem os governos;

b) afora os membros dessas oligarquias, a população rural é analfabeta, inculta, habituada a aceitar a dominação do grande proprietário rural;

c) todos os países da América Latina são de religião católica, enquadrados por um clero que se solidariza com as oligarquias agrárias;

d) enfim, as tradições políticas da Espanha e de Portugal são favoráveis

Trabalho apresentado no Simpósio "Dez Anos de Constituição: Cidadania ou Frustração?", realizado de 16 a 19 de setembro de 1998, em Curitiba, Paraná, promoção conjunta da OAB, IAB, CAHS, IDA e CPGD/UFPR.