

JACOB DOLINGER

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO
(Parte Especial)

DIREITO CIVIL INTERNACIONAL

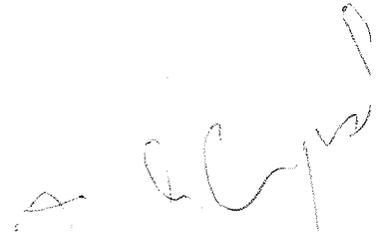
Volume I

A FAMÍLIA NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Tomo Segundo
A CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2003



comentamos a posição do direito brasileiro, por sua lei, doutrina e jurisprudência.

Dá-se atenção especial ao labor jurisprudencial — ao direito vivo e palpitante que emana dos tribunais brasileiros, estrangeiros e internacionais — como vem sendo a orientação da presente coleção sobre o direito internacional privado.

xxx

Alguns dos temas aqui versados foram objeto de debates no curso de pós graduação em direito internacional e integração econômica da UERJ, no primeiro semestre de 2001, com a participação de Adriano Saldanha Gomes, Denise de Souza Soares, Fabiana D'Andréa Ramos, Fabio Amado de Souza Barreto, Fabíola de Sá Ferreira, e Marcos Vinicius de Oliveira. O autor se beneficiou de suas contribuições, algumas registradas em notas de pé-de-página.

xxx

O autor escapou, quando criança, da Europa em chamas, devendo sua vida e a de sua família à hospitalidade e generosidade do povo brasileiro.

Recordando aqueles anos terríveis, dedica esta obra à memória de um milhão e quinhentas mil crianças judias imoladas no altar da bestialidade humana.

UERJ, dezembro 2002.

Jacob Dolinger

Capítulo I

A FILIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

“Prossigo, a seguir, a tratar dos direitos e incapacidades relativos ao bastardo. Seus direitos são muito poucos, pois ele nada pode herdar, por ser considerado como filho de ninguém, às vezes chamado filius nullius, às vezes filius populi”.

(William Blackstone, *“Commentaries on the Laws of England”*, volume 1, p. 447 — 1765).

A filiação, como o casamento, está integrada no estado da pessoa física, que é regido pela lei da nacionalidade, do domicílio ou da residência habitual, conforme determinem as regras de direito internacional privado de cada país e/ou as convenções internacionais. No casamento, como se trata de uma relação composta de mais de uma pessoa, enfrenta-se a dificuldade de saber qual dos participantes da relação jurídica determinará a lei aplicável, via sua nacionalidade ou seu domicílio. Na filiação, a dificuldade é ainda maior, pois que, via de regra, envolve três pessoas (e às vezes quatro — quando a criança resulta de relação extramatrimonial) e não duas como no casamento.

Este capítulo cuida das questões relacionadas com a filiação no plano internacional, filiação legítima, ilegítima, a legitimação e a investigação de paternidade e de maternidade, como disciplinadas

pela ciência do direito conflitual tanto no regime anterior, que distinguia entre as diferentes categorias de filhos, como no atual regime liberal, em que esta discriminação foi extinta, pois, assim como a segunda parte do século XX derrubou as distinções entre homem e mulher, entre marido e esposa, também afirmou a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

Basicamente, encontramos no direito internacional privado dos países adiante examinados dois grandes critérios em matéria de filiação: lei da criança (de sua nacionalidade na Bélgica, Itália e Rússia, de sua residência habitual na Suíça) e lei dos pais da criança (da nacionalidade da mãe na França, da nacionalidade dos pais ou de um deles, na Alemanha — onde também é possível aplicar a lei da residência habitual da criança —, do domicílio de ambos os pais, na Inglaterra)¹.

O estudo da legislação comparada — e às vezes do direito comparado *latu sensu* — está permanentemente ligado ao direito internacional privado, pois diagnosticar os conflitos de jurisdição e os conflitos de lei, bem como fazer a opção solucionadora, mediante a escolha da jurisdição competente e da lei aplicável à questão jurídica, ambos os problemas e ambas as soluções dependem do conhecimento detalhado dos sistemas jurídicos aos quais a matéria sob exame está de alguma forma conectada.

Daí o exame que aqui apresentamos, do regime jurídico da filiação em alguns países, por meio de sua legislação, doutrina e jurisprudência.

DIREITO FRANCÊS

A França é um importante laboratório para o estudo da matéria, eis que depois que sua jurisprudência estruturara um sistema para reger as várias questões conflituais que geralmente se apresentavam em matéria de filiação, o legislador francês introduziu, em 1972, uma série de regras no código civil, para reger os conflitos de

leis que ocorrem nesta parte do direito de família, regras estas que, aliás, não foram bem recebidas pelos especialistas. Temos, assim, originalmente, uma linha seguida pela jurisprudência, apoiada pela doutrina majoritária, desfeita pelo legislador, cujas inovações são criticadas pela doutrina. Por isto, principiamos o estudo da matéria pela evolução ocorrida no direito internacional privado francês. Até hoje a doutrina francesa recorre à antiga jurisprudência para as hipóteses não previstas nas novas regras², o que abrange os efeitos da filiação, a autoridade paterna, a obrigação alimentar e a vocação sucessória. Esta bifurcação entre o direito da filiação e a disciplina de seus efeitos é criticada pela doutrina que a considera fonte de complicações³.

A jurisprudência francesa anterior a 1972 distinguia entre a filiação legítima e a filiação natural. Nesta, regia a lei da nacionalidade da criança. Esta conexão se aplicou primeiramente para as ações de investigação de paternidade e de maternidade⁴, para depois alcançar o reconhecimento voluntário da filiação e os efeitos da filiação, especialmente a obrigação alimentar. O fundamento deste critério era de que em matéria de filiação natural há de se proteger os interesses da criança e não a formação de uma família, como ocorre na filiação legítima.

Ao mesmo tempo esta orientação tinha a vantagem de garantir a uniformidade do estatuto da criança em relação a seu pai e a sua mãe quando estes não tivessem a mesma nacionalidade.

2 BATIFFOL e LAGARDE, "Droit International Privé", tomo II, n° 458, à p. 100. A descrição das regras resultantes da jurisprudência francesa anterior à lei de 1972, que se segue no texto, é igualmente baseada na lição destes mestres do direito conflitual de França.

3 BATIFFOL e LAGARDE, "L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation", REVUE 1972.1,2, onde dizem ter o legislador francês ignorado a sistemática ligação, nos direitos internos, do estabelecimento da filiação com os seus efeitos, acentuando o risco de *depeçage* dentro de uma instituição, que acarretará delicados problemas de adaptação. Igualmente crítico dos dispositivos conflituais da lei francesa, ANDRÉ PONSARD, "La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation", CLUNET 1972.765.

4 Vide PLANIOL e RIPPERT, "Traité Pratique de Droit Civil Français" tomo II, n° 884, p. 747 e n° 936, p. 802.

1 Vide estudo comparativo sobre relação pais-filhos de MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, "The Status of the Father in European Legislation", The American Journal of Comparative Law, 1996, pp. 487-520.

A filiação legítima ficava submetida à lei que governava os efeitos do casamento, ou seja a lei nacional comum do pai e da mãe, ou, em sua falta, a lei de seu domicílio comum⁵, e na falta também desta, a lei do foro. Esta orientação, que derivava da constatação de que a filiação é um efeito direto do casamento, tinha a vantagem de submeter a uma lei única o conjunto das relações familiares, tanto entre os cônjuges como entre estes e todos os seus filhos legítimos. Assim, a lei que regia os efeitos do casamento era igualmente aplicada às relações pais/filhos, tanto para o estabelecimento da filiação legítima como para os efeitos dela decorrentes.

A legitimação era geralmente regida pela lei daquele genitor que fosse mais benéfica para a criança, o que foi criticado pela doutrina, como no caso da mãe francesa e pai inglês, a legislação daquela admitindo a legitimidade e a deste inadmitindo, em que se aplicou a lei francesa. Se os efeitos deste casamento eram regidos pela lei inglesa, devido à prevalência que se atribuía à lei do cônjuge-varão, como justificar a legitimação quando só aceita pela lei nacional da mãe?⁶

Em 1972, o legislador introduziu uma radical mudança com a inserção no código civil dos artigos 311-14 a 311-18, compondo uma seção nova sob o título “Dos conflitos de leis em matéria de estabelecimento da filiação”, cuja principal regra é a conexão da filiação à lei pessoal da mãe, com uma exceção e várias regras especiais.

5 A lei do domicílio comum dos cônjuges como regra subsidiária à da nacionalidade comum, quando marido e mulher têm nacionalidades diferentes, foi consagrada, em matéria de divórcio, no famoso caso *Rivière*, julgado pela Cassação em 1953, e em matéria de filiação legítima pelo julgamento pela Cassação do caso *Lewandowski*, em 1955. Vide PH. FRANCESEKAKIS, “Une extension discutible de la jurisprudence Rivière — L’application de la loi du domicile commun à la filiation légitime”, *CLUNET* 1956.254.

6 PLANIOL e RIPPET, *op. cit.*, n° 961, p. 820. Na França a legitimação de filhos adulterinos pelo casamento do genitor adúltero — depois de se divorciar — com o cúmplice do adúltero, foi permitida pela lei de 5 de julho de 1956. Vide JEAN SAVATIER, “L’évolution de la condition juridique des enfants naturels en droit français”, em “Le statut juridique de l’enfant naturel — Travaux de la première Journée d’études juridiques Jean Dabin”, p.45.

Rezam os dispositivos da legislação francesa:

“Art. 311-14 — A filiação é regida pela lei pessoal da mãe ao dia do nascimento da criança; se a mãe não é conhecida, pela lei pessoal da criança.

Art. 311-15 — Todavia, se a criança legítima e seus pais, a criança natural e um de seus pais, tiverem sua residência habitual, comum ou separada, na França, a posse do estado produz todas as conseqüências que dela decorrem da lei francesa, mesmo que os outros elementos da filiação possam depender de uma lei estrangeira⁷.

Art. 311-16 — O casamento resulta em legitimação se, no dia em que a união foi celebrada, esta conseqüência é admitida, seja pela lei que rege os efeitos do casamento, seja pela lei pessoal de um dos cônjuges, seja pela lei pessoal da criança.

A legitimação por decisão judicial é regida, à escolha do requerente, seja por sua lei pessoal, seja pela lei pessoal da criança.

Art. 311-17 — O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade é válido se efetuado em conformidade com a lei pessoal de seu autor ou pela lei pessoal da criança.

Art. 311-18 — A ação visando alimentos é regida, à escolha da criança, pela lei de sua residência habitual ou pela lei da residência habitual do devedor.

O principal argumento apresentado à Assembléia Nacional francesa para justificar o artigo 311-14 foi o de que determinar a filiação natural de acordo com a lei da criança, isto é a lei de sua nacionalidade, como vinha sendo praticado na França, significava submeter-se a um círculo vicioso, uma vez que a nacionalidade do menor depende da nacionalidade de seu pai ou de sua mãe, e é justamente isto que se pretende determinar com a medida judicial: a paternidade ou a maternidade. Em outras palavras, como se podia reger a filiação da criança pela lei de sua nacionalidade, se esta

7 O artigo 311-12, 2ª. alínea, dispõe que, não havendo suficientes elementos de convicção quanto à filiação, os tribunais atentarão para a posse de estado.

depende da nacionalidade de seu genitor(a), que não é conhecido(a) antes de resolver a questão da filiação?

Quanto à filiação legítima também foi invocada na Assembléia a existência de um círculo vicioso, pois determinar a filiação de acordo com a lei que rege os efeitos do casamento dos pretensos pais — como se vinha fazendo — significava atribuir-lhes a paternidade antes desta ter sido confirmada⁸.

Aplicar a lei da mãe — como determina a reforma de 1972 — para a hipótese de um pai francês, cujo filho também é francês, poderá resultar, quando a mãe não for francesa, em submeter a filiação a uma lei estrangeira, ou seja, à lei de uma das três partes envolvidas quando as outras duas têm nacionalidade comum, diversa da nacionalidade da primeira parte. E, na hipótese de uma mãe francesa, que vive com seu marido estrangeiro no exterior, submeter a filiação à lei francesa ao invés da lei do domicílio comum do casal é irrealista⁹.

Certos tribunais se inspiraram na subsidiariedade instituída no artigo 311-14 — lei da criança quando a mãe não é conhecida¹⁰ — para recorrer à lei da criança ao invés da lei da mãe quando aquela for mais favorável, como em caso julgado pela corte de Paris que recusou aplicar a lei argelina, da mãe conhecida de fato, para aplicar a lei francesa da criança, que permitia estabelecer a filiação, o que era proibido pela lei argelina¹¹.

8 IBRAHIM FADLALLAH, “La Famille Légitime en Droit International Privé”, p. 271. A doutrina francesa não aceitou o argumento do círculo vicioso no caso da filiação legítima pois “se uma criança pretende ser legítima, deve-se examinar sem maiores problemas se a lei que rege a filiação legítima admite ou não sua pretensão. Sua nacionalidade não está em causa pois a lei aplicável é a da nacionalidade comum dos cônjuges ou de seu domicílio comum”.

9 BATIFFOL e LAGARDE, supra nota 3, pp. 6/7. Para a primeira hipótese — mãe estrangeira, pai e filho franceses, os autores especulam que poderá ocorrer o reenvio da lei estrangeira para a lei francesa.

10 Sobre a divergência se a “mãe conhecida” significa conhecida de direito ou conhecida de fato, vide REVUE 1997.291,301.

11 JACQUES FOYER, “Problèmes de Conflits de lois en matière de filiation”, Recueil des Cours, t. 193 (1985-IV), p. 51. Em geral os autores franceses não aceitam esta forma de recurso à lei da criança, interpretando a hipótese aventada no artigo 311-14 como se referindo ao desconhecimento efetivo da pessoa da

A Cassação francesa anulou decisões que julgaram questões de filiação conforme a lei francesa porque as partes não haviam invocado a lei da nacionalidade da mãe, tunisina ou argelina, determinando a Corte Suprema que a lei estrangeira, da nacionalidade da mãe, deve ser aplicada *ex officio*¹².

O disposto no artigo 311-15, consagrando a aplicação da lei francesa na hipótese de pai, mãe e filho(a) viverem na França, com fundamento na posse do estado, se prestou a diversas considerações. Um autor escreveu que provavelmente o objetivo desta regra é de estender o benefício da posse de estado, quer dizer, a verdade sociológica da filiação, a todas as crianças que têm uma ligação suficiente com a França¹³.

A regra contida no artigo 311-15 representa uma ampla exceção à regra do artigo 311-14, ou seja, a fim de evitar a aplicação da lei da mãe, como previsto neste artigo, o dispositivo seguinte manda aceitar as conseqüências legais da posse do estado de filho(a) pela lei da residência habitual comum da família, na França, a despeito da mãe ter nacionalidade estrangeira, ficando, assim, sem efeito a regra do artigo 311-14.

O dispositivo foi severamente criticado por sua gritante unilateralidade, pois a recíproca — pai, mãe e filho residindo habitualmente no exterior — não é verdadeira, i.e., não se aplicaria a lei do país da residência habitual de toda a família, mas a lei da nacionalidade da mãe — lei francesa, por força do artigo 311-14¹⁴. E isto, seguramente, não seria reconhecido no exterior, onde a família estaria vivendo. Esta é mais uma manifestação da unilateralidade com que o legislador francês tem tratado o direito internacional privado desde 1804¹⁵.

mãe. Vide LOUSSOUARN e BOUREL, “Précis de droit international privé”, n° 341, p. 445, onde dizem: “*Il semble que l'application de la loi de l'enfant doit être restreinte au cas où c'est la personne même de la mère qui est inconnue,...*”.

12 Vide decisão da Corte de Cassação de 1992, Clunet 1993.309. Vide “Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro — Um Estudo Comparado de Direito Internacional Privado” de minha autoria, publicado na *Revista Renovar*, vol. 5, p. 15.

13 JACQUES FOYER, op. cit., p. 85.

14 BATIFFOL e LAGARDE, supra nota 2, à p. 9.

15 Vide minha Parte Geral, 6ª edição, pp. 54-55.

Do ponto de vista prático a doutrina mostrou que, como a posse do estado serve principalmente como prova positiva da filiação legítima, enquanto a grande maioria dos casos de filiação versa a negativa de paternidade, a lei estrangeira — da nacionalidade da mãe — continuará a ser a lei aplicável — por força do artigo 311-14¹⁶.

O artigo 311-16 — admitindo a legitimação pelo casamento desde que assim disposto por uma de quatro leis enumeradas — é visto pela doutrina mais como uma regra de caráter substancial do que norma conflitual. A lei francesa quer a legitimação pelo casamento e por isto manda aplicar qualquer uma das leis invocadas em que este efeito é admitido.

Ibrahim Fadlallah assim analisa o dispositivo:

“Pelo mecanismo da opção, o legislador rompe com a tradição de determinar a lei aplicável para abrir um leque em que praticamente todas as leis interessadas tem o que dizer. Este procedimento não é o das regras de conflito bilaterais, nem o da regra unilateral. Também não é o de uma lei de police, nem o de uma lei de ordem pública internacional que automaticamente excluiria as leis estrangeiras: a ordem pública não impõe que a legitimação seja sempre pronunciada A inclinação por um determinado resultado confere necessariamente à regra um aspecto material, sem que se possa qualificar a regra como de direito internacional privado material: as condições do resultado almejado não são especificadas pela própria regra mas por

16 BATTIFOL e LAGARDE, supra nota 2, n° 462, p. 106, onde dizem: “Comme celle ci (article 311-15) intéresse principalement la preuve positive de la filiation légitime, alors que la grande majorité des décisions en la matière ont trait au désaveu de paternité, la loi étrangère restera irrémédiablement applicable”. A lei estrangeira aqui aludida se refere, naturalmente, à hipótese de a mãe ser estrangeira. A mim parece que o artigo 311-15 não está redigido de maneira lógica, pois se já se sabe que a criança é legítima — o dispositivo começa por dizer “Toutefois, si l'enfant légitime”, então já não há mais por que recorrer à regra francesa sobre a posse de estado. O dispositivo deveria dizer que se pais e o pretense filho têm residência habitual na França e existe o estado de posse, então aplicar-se-á as conseqüências derivadas deste estado como determinado pela lei francesa.

uma lei designada por esta regra. A opção de leis suscetíveis de serem consultadas acentua o caráter material da regra, mas não suprime inteiramente seu aspecto conflitual. Talvez se possa falar aqui — invocando uma fórmula conhecida — de 'regras materiais condicionadas no espaço'?”¹⁷.

Há uma certa semelhança com a regra contida no artigo 1° da Convenção da Haia sobre Conflitos de Leis em Matéria de Forma de Disposições Testamentárias, de 1961, que enuncia a validade formal do testamento se estiver conforme a lei interna de qualquer uma de sete diferentes jurisdições. É o *favor testamenti*, assim como a regra do artigo 311-16 visa o *favor infans*.

O artigo 311-17 que trata do reconhecimento voluntário de filiação, submetendo-o à lei do pai ou da mãe, dependendo de qual deles encetar a iniciativa, também foi alvo da crítica doutrinária, que o considerou menos adequado do que o sistema jurisprudencial até então vigente, em que todo reconhecimento era regido pela lei da criança. Pela nova regra, a lei aplicável variará segundo qual dos pais oferecer o reconhecimento, sendo também diversa da lei aplicável em hipótese de investigação da paternidade natural, quando se aplica a lei da mãe¹⁸.

17 FADLALLAH, op. cit., p. 296, n° 325. Vide a este respeito CLUNET 1994. 124,131, onde ISABELLE BARRIERE-BROUSSE assim sintetiza a mesma análise: “elle énonce l'effet recherché — la légitimation de l'enfant par le mariage de ses parents — avant d'indiquer les lois en vertu desquelles ce résultat peut être atteint. Cette démarche inspirée de la méthode américaine des principes de préférence a prévalu également dans la Convention de Rome élaborée par la Commission internationale de l'état civil, en date du 10 juillet 1970, qui valide la légitimation résultant de la loi nationale du père ou de la mère et s'efface devant les règles nationales plus favorables, tel l'article 311-16”. A Corte de Cassação decidiu, em 1987, que a legitimação de filho adúlterino, por subseqüente casamento dos pais, é questão de ordem pública, devendo-se rejeitar a aplicação da lei belga que vedava esta legitimação. CLUNET 1988.101. Vide crítica ao artigo 311-16 em BATTIFOL e LAGARDE, supra nota 1, n° 466, pp. 110/112. BERNARD AUDIT, “Le droit international privé au fin du XXe. Siècle: progrès ou recul”, Revue internationale de droit comparé, 1998, p. 421, 429, explica que o legislador francês recorreu à técnica de conexões alternativas a fim de favorecer a legitimação.

18 BATTIFOL e LAGARDE, supra nota 1, n° 464, p. 107.

*Mace
Testamen*

Voltando à regra principal do artigo 311-14, a doutrina francesa não se conformou com a fixação da lei pessoal da mãe “*no dia do nascimento da criança*”, eis que isto impede que, na hipótese de um conflito móvel, em que a lei da mãe tenha se alterado após o dia do nascimento, possa a filiação ser julgada pela lei mais favorável à criança, seja a da data do nascimento seja a da data da decisão judicial¹⁹, o que contradiz a filosofia básica em matéria de filiação, de aplicar a lei mais benéfica à criança. A jurisprudência francesa anterior adotara uma política pela qual a criança poderia se apoiar na lei de sua nacionalidade à época do nascimento, bem como na lei de outra nacionalidade, posteriormente adquirida²⁰.

A regra do artigo 311-15 não está relacionada com a data do nascimento da criança, eis que diz respeito à posse de estado e à residência habitual em França, noções que independem e transcendem qualquer momento fixo, como o do nascimento da criança²¹, o mesmo ocorrendo com a fixação da filiação como decorrência de reconhecimento, legitimação e adoção, em que a lei aplicável será

19 Id, nº 469, p. 115.

20 JACQUES FOYER, op. cit., p. 39, invoca um julgamento da Corte de Cassação francesa, de 1949, que decidiu no sentido de que: “*dans le poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont le plus favorables, et notamment de la nationalité française acquise, même pendant l'instance pour continuer la procédure en cette qualité*”, em que uma criança nascida espanhola se prevaleceu da lei francesa, nacionalidade por ela adquirida posteriormente, para apurar sua filiação; o autor também invoca uma decisão da Corte de Paris, de 1954, em que uma criança de nacionalidade francesa à época da ação pôde se beneficiar com a lei polonesa, sua nacionalidade à época do nascimento, que lhe era mais favorável. Sobre o julgamento da Cassação francesa de 1949 vide HENRI MOTULSKY, “*Écrits III — Études et Notes de Droit International Privé*”, p. 177, onde transcreve o inteiro teor da decisão, seguido de seu comentário, originalmente publicado no REVUE 1950.65. Vide REVUE 1989.486, decisão da Cassação francesa em *Hug v. Eva Grzech* que, aplicando a convenção franco-polonesa de 1967, que submete as relações jurídicas entre criança natural e seus pais à lei nacional da criança, sem precisar a solução para a hipótese de conflito móvel, julgou com fundamento na lei polonesa, nacionalidade da criança à época de seu nascimento, que lhe era mais favorável do que a lei francesa, sua nova nacionalidade.

21 BATIFFOL e LAGARDE, supra nota 2, nº 469, p. 115.

determinada em função da conexão existente à data da materialização de um dos aludidos atos ou decisões formadores da filiação²².

A Ordem Pública Internacional e o Direito à Filiação

A ordem pública internacional desempenha importante papel no direito internacional privado francês da filiação, não somente na rejeição de leis estrangeiras incompatíveis com o regime jurídico deste país, mas também como instrumento a serviço do interesse da criança, ou seja, uma forma auxiliar para encontrar a lei mais favorável²³, materializando-se isto quando a lei estrangeira é mais vantajosa para a criança; por outro lado, quando a lei do foro é mais benéfica, a lei estrangeira será afastada em nome da ordem pública. Isto significa que a ordem pública desempenha nesta matéria um papel de proteção dos interesses da criança e não da ordem jurídica do foro francês²⁴.

Jurisprudência Francesa

M.L. c. Mme. B.

A sra. Khedija B., tunisina, deu à luz em Paris, no dia 22 de maio de 1984, a uma filha, que recebeu o nome de Sarah. Em

22 Id, nº 470, p. 116. Para a hipótese da legitimação, a regra do artigo 311-16 diz expressamente “*Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par loi*”. Para o reconhecimento a conexão é a da época do respectivo ato, por interpretação lógica do artigo 311-17 que diz, “*La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant*”, em que se deve entender que a lei pessoal referida é a contemporânea à época do reconhecimento.

23 FOYER, op. cit., p. 88.

24 Id, p. 89. Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão da Cassação: “*La légitimation par mariage des enfants adultérins traduit une conception fondamentale actuelle du droit français, entraînant, par l'effet de l'ordre public, l'éviction de la loi étrangère qui la prohiberait*”. REVUE 1988.763. No meu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, “*Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*”, Recueil des Cours, vol. 283 (2000), p. 415, tratei da confluência dos Princípios de Proteção e Proximidade.

junho de 1986 a mãe moveu ação de investigação de paternidade contra Mohamed L., argelino, com quem alegou ter vivido em concubinato de 1981 até final de 1985, reivindicando também alimentos para a criança, com fundamento no artigo 340 e parágrafos do código civil francês que regula o direito à investigação de paternidade, invocando ainda o artigo 311-15 sobre constatação de posse de estado. Com base na legislação francesa a corte parisiense julgou procedente a ação, uma vez que ficara provada a existência de relação contínua e estável entre autora e réu durante o período legal da concepção.

O réu apelou da decisão, com fundamento no artigo 311-14 do código civil francês que determina a aplicação da lei da nacionalidade da mãe e a lei tunisina não admite a investigação de paternidade, regra esta que não contraria a ordem pública francesa²⁵, sendo que o artigo 311-15 não era aplicável, uma vez que só ficara provada a relação entre autora e réu no período anterior ao nascimento da criança, mas não ficaram evidenciados elementos constitutivos da posse do estado de criança natural entre a menor Sarah e o pretense pai.

A Corte de Cassação decidiu, em 1993, que, mesmo que as leis estrangeiras que proíbem o estabelecimento da filiação natural não sejam, em princípio, contrárias à concepção francesa da ordem pública internacional, difere a situação quando o efeito destas leis resultar na privação de uma criança francesa, ou residente habitualmente em França, do direito de estabelecer sua filiação, caso em que a ordem pública se opõe à aplicação desta lei estrangeira. Na hipótese, disse a Corte de Cassação, ficou evidenciado que a menina Sarah havia adquirido a nacionalidade francesa e que ela residia na França desde o seu nascimento, pelo que agiu bem a Corte de Apelação, ao negar aplicação da lei tunisina e decidir com fundamento nos artigos 340 e seguintes da lei civil francesa.

25 Observe-se que até 1972 a investigação de paternidade era proibida em França — excetuadas algumas hipóteses enunciadas no artigo 340 do Código Civil — sendo considerada contra a ordem pública francesa a aplicação de lei estrangeira que admitisse a ação.

Comentando esta decisão, Jacques Foyer²⁶ faz alusão a uma decisão do Tribunal *de grande instance* de Paris, que recusou aplicar a objeção da ordem pública à lei senegalesa, que igualmente ignora a ação de investigação de paternidade, porque a criança e todos os membros da família eram senegaleses, e tudo indicava que “a criança iria viver e integrar-se no país e no meio cultural de que sua mãe era originária”.

Observa em seu comentário que, segundo a decisão da Cassação, deve-se excluir a lei estrangeira contrária à investigação da paternidade em duas hipóteses independentes: da nacionalidade francesa da criança e da residência da criança em território francês.

Informa Foyer que, no primeiro caso, Sarah se tornara francesa por força da aquisição da nacionalidade francesa pela mãe. Em sendo assim, poderia parecer que a aplicação da lei da nacionalidade da mãe (artigo 311-14) levaria à adoção da lei francesa, independentemente do recurso à ordem pública, se admitido, como vimos acima, o benefício da criança em casos de conflitos móveis, julgando-se pela nacionalidade atual da mãe de Sarah, e não por sua nacionalidade ao dia do nascimento da criança, como figura no texto do artigo 311-14. No entanto, Foyer entende que é justamente o princípio da ordem pública que levou à aplicação da lei francesa, da nova nacionalidade da mãe, ou seja a ordem pública teria contribuído para a aplicação liberal do texto da lei²⁷.

A ordem pública desta hipótese está relacionada com o direito que a França atribui a todas as crianças nascidas fora do casamento, de identificar seus verdadeiros pais, em conformidade com o prin-

26 JACQUES FOYER, em comentário ao acórdão da Cassação francesa, REVUE 1993.620, 624.

27 FOYER, op. loc. cit. diz: “On notera que cette utilisation de l'ordre public permet de résoudre le conflit mobile né du changement de nationalité de la mère. L'article 311-14 impose d'appliquer la loi personnelle au jour de la naissance de l'enfant, mais la recherche des liens actuels avec la France permet de tenir compte de la nationalité actuelle des parties de manière directe ou indirecte”.

cípio da igualdade entre as crianças legítimas e ilegítimas, como estabelecido no artigo 334 do código civil, no sentido de que umas e outras têm o direito de ter um pai. Mas este princípio, segundo a decisão da Corte superior francesa só se aplica às crianças francesas ou, o que é a novidade principal deste julgamento, àquelas que, mesmo não sendo francesas, residem em França²⁸.

Corte Francesa aplica Lei Alemã sobre Ilegitimidade de Filiação

Uma francesa que nasceu em Paris, em 1952, moveu ação para estabelecer sua filiação legítima em face de seu pai, com base no casamento religioso celebrado em Hamburgo, Alemanha, entre os pais da requerente. O tribunal francês negou-lhe a pretensão porque a Alemanha não reconhece o casamento religioso e não tendo havido núpcias civis, o casamento era inexistente pela lei alemã. A autora recorreu até a Corte de Cassação, sustentando que a lei que rege a filiação é a lei da nacionalidade da mãe, e sendo sua genitora francesa, cabia aplicar a regra da legitimidade da criança pelo princípio da putatividade que favorece as crianças conforme artigo 202 do código civil francês. Argumentou ainda a autora que aplicar a lei alemã, que recusa reconhecimento a este casamento para a questão da filiação, contraria a ordem pública francesa que rejeita toda lei que tem como efeito privar uma criança francesa do direito de estabelecer sua filiação.

Em julgamento realizado em 1998, a Cassação entendeu que ao caso se aplica a regra de conflito que determina que a lei que não reconhece validade ao casamento, tem competência para reger as consequências desta invalidade, inclusive quanto

à questão da putatividade e seus efeitos, e que não há ofensa à ordem pública francesa aplicar uma lei estrangeira que não reconhece um casamento, e, conseqüentemente, recusa legitimidade à prole decorrente da união²⁹.

Nota-se disparidade entre estas duas decisões da Corte Suprema de França, pois enquanto no caso da mãe tunisina, ficou decidido que a filha, de nacionalidade francesa, não poderia ter negado o direito de estabelecer sua filiação natural, por ser isto contrário à ordem pública francesa, já na segunda decisão, casamento realizado na Alemanha, sem validade no *locus celebrationis*, e sem reconhecimento da putatividade, levou a que uma jovem francesa ficasse sem possibilidade de ter declarada a legitimidade de sua filiação, não tendo a corte invocado o princípio da ordem pública para negar aplicação do direito alemão.

Possível explicação para conciliar estes dois julgamentos é de que no caso tunisino tratava-se de estabelecer a filiação natural, enquanto no caso alemão a pretensão era o reconhecimento da legitimidade da filiação conhecida. Naquele, negar seria deixar a filha sem pai, neste apenas lhe ficou faltando o reconhecimento da legitimidade da paternidade, daí a intervenção da ordem pública internacional no primeiro caso, mas não no segundo³⁰.

Primazia da Lei Vigente à Época do Nascimento

A Cassação francesa julgou, em 1984, uma investigação de paternidade movida por uma mãe polonesa, pretendendo ter declarada a paternidade da criança, na conformidade da convenção franco-polonesa, que determina a aplicação da lei da criança. Como ela passara a ser francesa com a idade de dois

28 FOYER, op. cit., p. 627 e p. 630/1, onde se lê: "C'est parce que la personne en cause est française ou réside en France que l'appréciation de la conformité de la loi étrangère avec les principes généraux du for est plus sévère". Vide em CLUNET 1994.124, comentário sobre a mesma decisão, comparada com outra decisão da mesma Corte de Cassação (de um mês mais tarde) em que foi aplicada a lei tunisina que nega a legitimação da criança por via do casamento de seus pais.

29 CLUNET 1999.125.

30 Observação de FABIANA D'ANDRÉA RAMOS, aluna da pós-graduação da UERJ (2001). Pode-se tecer outra distinção: no primeiro caso, o pedido se baseou no direito francês, e a ordem pública serviu para afastar o direito tunisino, aplicável pela regra de conexão do código francês, enquanto no segundo caso, o pedido se baseou no direito alemão, e este não socorria a pretendente.

anos, antes de intentada a ação, foi sustentado pelo pai que dever-se-ia aplicar a lei francesa que não permitia a ação uma vez decorridos dois anos após o nascimento. O tribunal considerou que se aplicava ao caso a lei que regia a criança à época do nascimento e não à época da demanda judicial, fixando-se, assim, um ponto importante no campo dos conflitos móveis³¹.

DIREITO BELGA

Jurisprudência Belga sobre Ordem Pública

Uma corte civil de Bruxelas decidiu, em 1994, sobre o reconhecimento de paternidade exercido por um cidadão belga com relação a crianças que nasceram de uma relação extramarital e viviam na Bélgica. Como as crianças tinham a nacionalidade marroquina, caberia aplicar a lei do Marrocos, que veda o reconhecimento de filiação ilegítima.

A corte decidiu que, como a lei belga de 31 de março de 1987, igualou a filiação ilegítima à legítima, na conformidade dos artigos 8 e 14 da Convenção Européia dos Direitos do Homem³², a lei marroquina contraria a ordem pública interna-

31 Vide REVUE 1989.486.

32 Dispõem os referidos artigos da Convenção Europeia: "Artigo 8 — 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu lar e de sua correspondência. 2. Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que esta ingerência estiver prevista pela lei e constitua uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades dos demais". "Artigo 14 — O gozo dos direitos e liberdades reconhecidas na presente Convenção será assegurado sem distinção alguma, especialmente em razão de sexo, raça, côr, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, o fato [de] pertence[r] a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação" (versão vernacular publicada na Revista da OAB RJ n° 19, 2º quadrimestre de 1982, p. 317 e ss., na qual o autor introduziu ligeiras alterações Vide texto inglês em IAN BROWNLIE, "Basic Documents in International Law", p. 328).

cional da Bélgica, pelo que se deve aplicar a lei interna belga, admitindo-se o reconhecimento da paternidade³³.

Outro caso recente da jurisprudência belga envolveu uma cidadã francesa, que deu à luz a uma criança por ela reconhecida, que adquiriu a mesma nacionalidade. A mãe processou ação investigatória de paternidade face a um cidadão belga, que fora seu noivo à época da concepção.

A lei aplicável ao caso, segundo pacífica jurisprudência belga é a lei da nacionalidade da criança, não aceitando os tribunais a opinião de parte da doutrina belga no sentido da aplicação da lei mais favorável à criança. A Corte de Cassação já decidira, em 1960, que "o juiz deve aplicar a lei pessoal da criança ... não porque esta lei seja mais ou menos favorável ao seu interesse, mas porque, do ponto de vista do direito internacional privado, esta lei é normalmente a única competente para determinar o que seja o interesse da criança natural".

No caso, a mãe acionara depois de decorridos dois anos do nascimento da criança, de forma que a ação estava prescrita de acordo com o direito francês. Em primeira instância, a Corte de Charleroi recusou aplicar esta regra francesa, por considerá-la contrária à ordem pública internacional belga. A Corte de Apelação de Mons reformou a decisão, considerando que o prazo prescricional francês não era chocante à ordem pública belga, mormente porque a criança teria direito de acionar novamente, uma vez alcançada a maioria³⁴.

DIREITO ALEMÃO

A lei de 1986, que reformou o EGBGB, modificando o direito

33 Revue trimestrielle de droit familial 1996.231.

34 CLUNET 1996.168, recurso julgado em 1991. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Les Clauses D'Exception en Matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions — Belgique", na obra coletiva coordenada por D. KOKKINI-IATRIDOU, "Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions — ou le principe de proximité", p. 64, tratando da filiação extramarital, invoca esta jurisprudência de seu país.

internacional privado alemão, dedica os artigos 19 a 21 e 23 às questões da filiação e da legitimação.

Dispõe o artigo 19 que a filiação legítima é regulada pela lei que, segundo o artigo 14, § 1º rege os efeitos gerais do casamento da mãe à época do nascimento. Estes efeitos gerais, segundo aludido dispositivo, obedecem à lei da nacionalidade comum dos cônjuges ou da sua última nacionalidade comum desde que um deles mantenha esta nacionalidade. Se os cônjuges, na data do nascimento, forem nacionais de países diferentes, continua o artigo 19, a criança será legítima se for reputada como tal pela lei de um destes dois países. Temos aqui o recurso ao princípio da lei mais favorável, *favor infans*³⁵. Se o casamento tiver sido dissolvido antes do nascimento, o momento da dissolução substitui o momento do nascimento.

A filiação natural, segundo determina o artigo 20, é regida pela lei da nacionalidade da mãe ou pela lei da nacionalidade do pai, à época do nascimento, podendo ainda ser regida pela lei do país da residência habitual da criança. Também aqui, o princípio da lei mais favorável.

Estas regras se aplicam tanto para o reconhecimento voluntário como para a hipótese de investigação judicial³⁶.

A legitimação por casamento subsequente se rege pela lei da nacionalidade comum dos pais à data da celebração (artigo 21 combinado com artigo 14, § 1º). Sendo os cônjuges de nacionalidades diversas, a legitimação se efetuará se prevista por uma das leis nacionais, consagrando, novamente, a lei mais favorável.

A legitimação que não decorre do casamento subsequente dos pais é regida pela lei do Estado da nacionalidade tida à época da legitimação por aquele dos pais do qual a criança deve ser declarada filho legítimo, e se este já for morto, pela lei de sua nacionalidade à data do falecimento (artigo 21, § 2º). A legitimação aqui visada é

a que decorre por autoridade da justiça, por decreto do príncipe e pelo *iqrar* do direito islâmico³⁷.

DIREITO SUÍÇO

A lei de D.I.P. suíça, de 1987, dispõe nos artigos 68 e 69 que o estabelecimento, a constatação e a contestação da filiação se regem pela lei da residência habitual da criança, excepcionando a hipótese em que nenhum dos pais tenha a mesma residência que a criança e todos, pais e criança são nacionais de um mesmo Estado, quando se aplicará a lei deste Estado, sendo determinante a lei em vigor à data do nascimento, mas aplicando-se a lei vigente à data da ação se um interesse preponderante da criança assim o exigir. O artigo 69 fixa como decisiva para apuração da filiação, a data do nascimento da criança, mas, em seguida, dispõe que, na hipótese de litígio judicial, e caso um interesse preponderante da criança assim exigir, aplicar-se-á a lei da data da ação.

O professor Overbeck distingue a segunda parte do artigo 69 da regra contida no artigo 15 da lei suíça. Esta dispõe que “*o direito designado pela presente deixará, excepcionalmente, de ser aplicado se, em relação ao conjunto de circunstâncias, ficar manifesto que a causa tem um liame muito fraco com este direito e tem uma relação muito mais forte com outro direito*”, conhecida na doutrina como a “*escape clause*”. Esta, diz o autor suíço, é uma regra conflitual, enquanto a exceção inserida no artigo 69, visando proteger um interesse preponderante da criança, constitui uma regra de caráter material que permite tomar em consideração, comparando-as, os dispositivos contidos nas legislações em conflito³⁸.

As decisões estrangeiras relativas à constatação ou à contestação da filiação são reconhecidas na Suíça se tiverem sido prolatadas

35 Vide FRITZ STURM, “Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand”, REVUE 1987.33,60. O autor alemão utiliza a expressão *in favorem infantis*.

36 Id, p. 64.

37 Id, p. 70.

38 ALFRED E. VON OVERBECK, “Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé”, REVUE 1988.237, 255. Haverá aqui um certo paralelo com o artigo 311-16 do Código francês como analisado por Fadlallah e outros. Vide supra nota 17 e texto correspondente.

no Estado da residência habitual ou da nacionalidade da criança, e também se originarem do Estado do domicílio ou da nacionalidade da mãe ou do pai (artigo 70).

O reconhecimento da filiação poderá ser efetuado de conformidade com o direito do Estado da residência habitual ou da nacionalidade da criança e também de acordo com a lei do domicílio ou da nacionalidade da mãe ou do pai, sendo determinante a data do reconhecimento; a contestação do reconhecimento é regida pelo direito suíço (artigo 72).

O reconhecimento de uma criança efetuado no estrangeiro será reconhecido na Suíça se for considerado válido no Estado da residência habitual ou da nacionalidade da criança, ou ainda no Estado do domicílio ou da nacionalidade do pai ou da mãe. As decisões estrangeiras sobre a contestação do reconhecimento serão reconhecidas na Suíça se tiverem sido prolatadas em um destes Estados (artigo 73), aplicando-se as mesmas regras para a legitimação ocorrida no estrangeiro (artigo 74).

DIREITO ITALIANO

Seguindo a moderna tendência do direito internacional privado, como consubstanciado nas novas leis alemã e suíça, o legislador italiano introduziu regras detalhadas que não figuravam na legislação anterior. Assim, enquanto a lei introdutória ao código civil italiano, de 1942, dispunha no artigo 17 que a lei da nacionalidade regula o estado e a capacidade das pessoas e as relações de família³⁹, a nova lei de direito internacional privado, de 1995, depois de estatuir, no artigo 20, que a capacidade jurídica da pessoa física é

regida pela lei nacional, dispõe no artigo 33 três regras sobre a filiação, no artigo 34 duas regras sobre a legitimação e no artigo 35 três regras sobre o reconhecimento da criança natural, além de um capítulo sobre adoção, composto de quatro artigos e vários parágrafos e um capítulo sobre alimentos, contendo quatro artigos e vários parágrafos.

Sobre a filiação dispõe o artigo 33 que o estado da criança é determinado por sua lei nacional no momento de seu nascimento. Aqui, como vimos no direito francês e no direito alemão, poderá surgir o problema do círculo vicioso, eis que a nacionalidade da criança depende de seu pai e a filiação depende da sua nacionalidade⁴⁰.

O objetivo deste dispositivo é o de favorecer a criança, tanto assim que a segunda alínea do mesmo artigo determina que a criança será legítima se assim for disposto pela lei de um dos seus pais à época de seu nascimento. Coerentemente, dispõe o artigo 35 que as condições do reconhecimento da criança natural são regidas pela lei nacional da criança no momento do nascimento ou, se lhe for mais favorável, pela lei nacional do autor do reconhecimento, no momento em que se dá este ato.

Um autor italiano faz interessante reflexão sobre o sentido do que significa “lei mais favorável”. Na maioria das vezes, os casos sobre filiação representam o esforço de convencer um pai natural a dar seu nome e uma pensão alimentar a uma criança. Mas têm havido outras hipóteses em que é o pai ou a mãe que visa anexar a si uma criança acompanhada de um patrimônio que a criança recebeu de outra fonte⁴¹.

40 O problema já fora colocado por ERNST RABEL, “THE CONFLICT OF LAWS” I, 2ª ed., p. 604: “*In a country following the principle of nationality, the child's national law cannot be found without knowing whether it is legitimate; thus nationality would depend upon legitimacy and this again upon nationality*”, apud TITO BALLARINO, citado na nota seguinte.

41 TITO BALLARINO “Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien”, REVUE 1996.21, 31.

39 O artigo 20 da lei de 1942 determinava a aplicação da lei do pai para as relações entre pais e filhos (quando os pais tivessem nacionalidades diversas), o que foi julgado inconstitucional pela Corte Constitucional, em dezembro de 1987, CLUNET 1990.661 e REVUE 1988.710, da mesma forma como julgara em fevereiro do mesmo ano a inconstitucionalidade do artigo 18 que determinava a prevalência da lei do marido para as relações pessoais entre os cônjuges. Vide Jacob Dolinger, “Casamento e Divórcio”, p. 132.

No direito inglês ainda não se consumou a completa equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos⁴², de forma que as regras de direito internacional privado têm que decidir sobre a aceitação na Inglaterra de situações conectadas com o exterior em que vigore norma mais liberal. Daí a regra enunciada por Dicey e Morris na sua obra clássica:

“(1) Uma criança nascida em qualquer lugar, de casamento válido, é (ou pode-se presumir que seja) legítima na Inglaterra.

(2) Uma criança que não tiver nascido de casamento válido é legítima na Inglaterra se, e somente se, for legítima pela lei do domicílio de ambos os pais à data de seu nascimento”⁴³.

Daí serem considerados legítimos os filhos de pais polígamos, casados e domiciliados em país que admite este regime matrimonial.

A questão do círculo vicioso discutido na França também foi objeto de debates na Inglaterra. A discussão teve início quando se pretendeu que, como a filiação legítima é uma questão de *status* pessoal, deveria ser regida pela lei do domicílio de origem da própria criança. Contrapôs-se que isto redundaria em um círculo vicioso, pois segundo o direito inglês o domicílio da criança é o do pai quando ele é filho legítimo e depende do domicílio da mãe se se tratar de filiação ilegítima. Assim, não se pode conectar a legitimidade da criança a seu domicílio, uma vez que seu domicílio depende de ser ou não legítima⁴⁴. Uma hipótese interessante foi

42 Vide DICEY e MORRIS, “The Conflict of Laws”, p. 852 e ss. Escrevia JOSEPH STORY, em seu clássico “Commentaries on the Conflict of Laws” (2ª ed., 1841, p. 277) que enquanto um casamento, válido onde celebrado, é válido universalmente, o mesmo não acontece com seus efeitos, e exemplifica com a hipótese do casamento escocês, que legitima filhos havidos anteriormente, o que não seria reconhecido na Inglaterra para o efeito de permitir aos filhos herdarem bens dos pais que se casaram posteriormente a seu nascimento.

43 Id., Regra nº 99.

44 Esta dificuldade só não ocorrerá se ambos os pais tiverem domicílio no mesmo país. Dicey e Morris, p. 854.

julgada em 1940, sendo freqüentemente comentada pela doutrina, o caso *Bischoffsheim*:

In re Bischoffsheim

Por testamento firmado em 1903, Henri Louis Bischoffsheim legou parte de sua fortuna para sua neta, Nesta Pamela Fitzgerald, a ser sucedida no legado por seus filhos, ao atingirem a idade de 21 anos⁴⁵.

O testador faleceu em 1908. No mesmo ano sua neta Nesta contraiu núpcias com Lord Richard Wellesley, de cuja união nasceram dois filhos. Em 1914 Lord Wellesley caiu em combate durante a 1ª Guerra Mundial. Em 1917 Nesta casou em Nova York com Lord George Wellesley, irmão de seu falecido marido, nascendo deste casamento um filho, Richard Wellesley. Nesta veio a falecer em 1946.

Se o segundo casamento de Nesta fosse considerado inválido, com a conseqüente ilegitimidade de seu filho Richard, ele não poderia herdar segundo a lei da Inglaterra. Acontece que pela lei inglesa o casamento com um irmão de falecido cônjuge é vedado, considerada a filiação incestuosa, enquanto pela lei nova-iorquina o casamento com cunhado é válido.

O domicílio de origem (para o direito internacional privado inglês o domicílio determinante é o domicílio de origem da pessoa até que fique evidenciado que houve uma mudança decisiva de domicílio, que se denomina domicílio de escolha) de Nesta e de George Wellesley era inglês, pelo que seu casamento na Inglaterra seria impossível, e se celebrado, seria nulo de pleno direito. Acontece que a intenção dos nubentes foi a de transferir seu domicílio para Nova York, sendo duvidoso se já tinham realmente conseguido este intento (juridicamente falando) em 1917, quando casaram, mas em 1920, quando nasceu o filho Richard, certamente já haviam adquirido domicílio

45 J.H.C. MORRIS, “Cases on private international law”, p. 185.

de escolha em Nova York, segundo a qualificação do direito inglês em matéria de domicílio.

A decisão da corte, que adquiriu importância na jurisprudência inglesa, foi no sentido de que a legitimidade do filho Richard Wellesley dependia de seu domicílio de origem e este domicílio seria o do lugar onde os pais estivessem domiciliados à época de seu nascimento. Como ficara constatado que em 1920 os pais de Richard já haviam adquirido domicílio novaiorquino, este se constituiu no seu domicílio de origem, devendo-lhe ser aplicada a lei deste estado, que lhe reconhecia o *status* de filho legítimo, e, portanto, tinha ele direito de herdar de sua mãe, juntamente com seus dois meio-irmãos, filhos do primeiro matrimônio de Nesta.

Legitimação

Tradicionalmente, a legitimação por subsequente casamento dos pais, no plano da *common law* (i.e., antes da promulgação de lei que estabeleceu outras regras, que veremos logo adiante) era condicionada ao conjunto da lei domiciliar do pai da criança à época do nascimento e da lei domiciliar da criança à época do casamento dos pais. Se ambas estas leis admitissem a *legitimatío per subsequens matrimonium*, a criança estaria legitimada⁴⁶.

As leis vigentes no local do nascimento da criança e no local da celebração do casamento, consideradas isoladamente, bem como a lei do domicílio da mãe, eram irrelevantes nesta matéria. Comenta-se que “a posição desta criança era curiosa, eis que seu domicílio e seu *status* derivam da mãe, mas a possibilidade de modificar este *status* depende de seu pretenso pai”⁴⁷.

Se a lei do país do domicílio do pai à época do nascimento da criança não admitisse a legitimação por subsequente matrimônio, de nada adiantaria que a lei do país de seu domicílio à data do casamento fosse favorável à legitimação. Assim, se a criança tivesse

nascido antes de 1927 (até quando não se admitia neste país a legitimação) e o pai estivesse domiciliado na Inglaterra, de nada adiantaria um subsequente matrimônio dos pais da criança. A razão dada era que a lei do domicílio paterno fica ligada à criança no momento de seu nascimento, e de acordo com esta lei sua bastardia é indelével. Em outras palavras, a criança deve ter tido a possibilidade de legitimação pela lei do domicílio do suposto pai à data de seu nascimento⁴⁸.

Esta regra intertemporal do direito internacional privado da *common law* inglesa foi muito criticada, tendo um magistrado britânico dito que constitui um absurdo condicionar a possibilidade de legitimação de uma criança — um *filius nullius* — à lei que regia o pai natural num momento em que ainda não havia qualquer relação jurídica entre os dois⁴⁹. Dicey e Morris concluem a análise desta hipótese dizendo que se não há necessidade para a criança pretender ter sido legitimada à data de seu nascimento, não se justifica que a lei do domicílio do pai à data do nascimento da criança tenha qualquer relevância⁵⁰.

As *Legitimacy Acts* de 1926 e de 1976 combinadas, estabeleceram regras bem mais liberais: basta que o pai da criança ilegítima esteja domiciliado em país que admite a legitimação à época do casamento, não dependendo mais da lei do país do domicílio do pai à época do nascimento da criança. As novas regras acrescentam que esta legitimação terá efeito na Inglaterra a partir de 1º de janeiro de 1927 (quando a *Legitimacy Act* de 1926 entrou em vigor), ou a partir da data do casamento se este tiver sido celebrado após esta data. Se a lei do país do domicílio do pai à época do casamento ainda não admitia a legitimação, tendo-o feito em data posterior, esta mudança será suficiente para que se reconheça seus efeitos sobre a criança, não sendo necessário que o domicílio do pai da criança tivesse continuado no país em questão à época da introdução da legitimação em seu sistema jurídico⁵¹.

46 DICEY e MORRIS, Regra 102, p. 868.

47 Id, p. 870.

48 Id, p. 871/2.

49 Id, p. 872.

50 Id, p. 873.

51 Vide Id, pp. 878/9, que a *Legitimacy Act* não revoga a antiga *common law*,

O *British Nationality Act* de 1981, que enuncia as diversas formas de aquisição originária e derivada da nacionalidade britânica, dispõe em seu artigo 47 que, para efeito de aquisição de qualquer uma das mesmas, uma pessoa legitimada pelo subsequente casamento de seus pais, será considerada legítima desde seu nascimento, acrescentando no § 2º que a legitimação por subsequente casamento depende da lei do lugar no qual o pai era domiciliado à época do casamento, em consonância com as *Legitimacy Acts*.

DIREITO RUSSO

O Código de Família da Rússia de 8 de dezembro de 1995, publicado no *Rossiiskaya gazeta* de 27 de janeiro de 1996⁵² dispõe no artigo 162 que a filiação e a contestação de paternidade são regidas pela lei nacional da criança à época de seu nascimento.

A Convenção da Comunidade dos Estados Independentes (CEI)⁵³, de 1993, em seu artigo 31 dispõe da mesma forma⁵⁴.

OUTRAS LEGISLAÇÕES

Amplia-se a orientação de favorecer a criança, aplicando-lhe a lei mais favorável em matéria de filiação e legitimação. Assim, a lei austríaca de DIP, de 1978, manda aplicar a lei dos pais, e sendo diversas, a lei daquele que for mais favorável à criança (artigos 21 e 22).

havendo certas hipóteses em que esta ainda terá que ser aplicada. Assim, entre outras, enquanto as normas do direito escrito de 1926 e 1976 se aplicam à legitimação por subsequente matrimônio, as normas da *common law* se aplicam a outras formas de legitimação, como, por exemplo a *legitimatío per rescriptum principis* e o reconhecimento sem casamento.

52 Vide REVUE 1997.144,148.

53 A Comunidade dos Estados Independentes aprovou uma Convenção sobre as relações no campo do direito civil, direito da família e direito penal, que foi assinada em Minsk, em janeiro de 1993, pela Armênia, Bielo-Rússia, Casaquistão, Quirguistão, Moldávia, Rússia, Tajiquistão, Turcomenistão, Ucrânia e Usbequistão.

54 Id, p. 151, 153.

A lei húngara sobre DIP, de 1979, depois de dispor que o estabelecimento da paternidade e da maternidade é regido pela lei pessoal da criança na data de seu nascimento (artigo 42), determina que a filiação da criança de nacionalidade húngara, ou que vive na Hungria, é regida pela lei húngara, se esta for mais favorável à criança (artigo 46).

O código civil do Peru, de 1984, dispõe em seu artigo 2.083, exclusivamente para a filiação legítima (matrimonial), que ela é regida pela lei mais favorável à legitimidade entre a lei da celebração do casamento e a lei do domicílio conjugal à época do nascimento da criança⁵⁵.

O código civil de Quebec, de 1991, dispõe em seu artigo 3.091, com grande amplitude, que o estabelecimento da filiação é regido pela lei mais vantajosa para a criança entre as leis vigentes à época do seu nascimento, em seu domicílio, ou no país de sua nacionalidade, ou pela lei domiciliar ou nacional de um de seus pais.

Em março de 2002 a Holanda promulgou uma lei regulando os conflitos de leis em matéria de filiação, com cinco capítulos e 13 longos artigos, contendo uma grande variedade de regras de conexão, arrumadas pelo sistema subsidiário⁵⁶.

DIREITO NORTE-AMERICANO

O *Restatement of the Law of Conflict of Laws, Second* — que enuncia as regras conflituais que exsurgem da jurisprudência dos tribunais americanos e das lições de seus juristas — tem uma interessante introdução ao tópico da filiação, sob o título *Legitimacy*, que aqui reproduzimos parcialmente.

“Entre as conseqüências da filiação figuram sua nacionalidade, seu direito ao nome do pai, seu sustento e seu direito de

55 Para maiores detalhes destas legislações bem como de outras aqui não invocadas, vide VADEMECUM DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO de Dolinger e Tiburcio, Parte 2 — Normas de DIP Estrangeiras.

56 Vide REVUE 2002.389.

*participar da herança paterna. Se a pessoa é legítima também pode ter influência decisiva na interpretação de disposições testamentárias e de trusts, para se saber se ela está incluída na referência 'children' ou 'issue'. O interesse de seus pais e de terceiros também pode ser afetado. Se ela é legítima, seu pai terá obrigação de sustentá-la e, por outro lado, terá direito à sua posse e guarda bem como o direito de herdá-la se morrer ab intestato. Outrossim, na medida em que a averiguação de sua legitimidade permite-lhe participar de uma herança legítima ou testamentária, as porções dos outros beneficiados será correspondentemente diminuída*⁵⁷”.

As legislações estaduais revogaram as regras da *common law* em matéria de filiação, que exigiam o casamento válido dos pais para que a criança fosse considerada legítima. A legitimação por casamento ou por reconhecimento foi instituída pelas leis estaduais. Mas, naturalmente, estas legislações nem sempre coincidem, o que acarreta conflitos de leis.

Diz ainda o *Restatement* na nota introdutória às regras sobre filiação, que a inocência da criança e a dureza dos resultados da ilegitimidade levam ao natural desejo de moldar as regras (de DIP) e os resultados (da escolha da lei aplicável) no sentido de considerar a criança legítima. Esta tendência é temperada pela relutância em impor aos pais obrigações decorrentes de uma lei que não seja a do seu domicílio.

A seção n° 287 do *Restatement* dispõe, primeiramente (em seu § 1°) que a determinação se uma criança é legítima depende da lei do estado que tem o mais significativo relacionamento com a criança e o genitor, na conformidade dos princípios estabelecidos na seção n° 6 do mesmo *Restatement*. E, em seu segundo parágrafo, determina que a criança será geralmente considerada legítima se este for seu *status* pela lei do estado onde: a) o genitor estava domiciliado quando a legitimidade da criança teria sido criada, ou

57 “Restatement of the Conflict of Laws, Second”, doravante *Restatement*, volume 2, p. 253.

b) onde a criança estava domiciliada quando o genitor reconheceu que a criança era sua⁵⁸.

A seção n° 6 do *Restatement* enumera uma série de fatores relevantes a serem considerados na determinação da lei aplicável. A importância destes fatores varia de um para outro campo do direito. O comentário à seção 287 do *Restatement* afirma⁵⁹ que em matéria de legitimação preponderam três dos fatores enumerados na seção n° 6: a implementação das políticas relevantes do estado que tenha interesse dominante na determinação do problema específico⁶⁰, a proteção das justificadas expectativas das partes e a implementação das políticas básicas inerentes à específica área do direito.

Prossegue o comentarista dizendo que a localização do estado que tem o interesse dominante dependerá do objetivo colimado pelas leis dos diversos estados interessados. Em matéria de legitimidade de filiação, o estado onde a criança estiver domiciliada tem interesse na aplicação de uma regra favorável à sua legitimidade, com o objetivo, entre outros, de outorgar-lhe direito a alimentos de seu genitor. Este estado do domicílio da criança, onde o genitor não está domiciliado, não tem interesse na declaração da ilegitimidade, por que isto prejudicaria a criança e beneficiaria o genitor que ficaria liberado de suas obrigações alimentares.

O fator que visa a proteção das justificadas expectativas das partes desempenha papel importante quando o genitor pratica um

58 O texto diz: “*The child will usually be held legitimate if this would be his status under the local law of the state where either (a) the parent was domiciled when the child’s status of legitimacy is claimed to have been created or (b) the child was domiciled when the parent acknowledged the child as his own*”.

59 Id, à p. 255.

60 Esta colocação peca pelo excesso, pois, se no processo de busca da lei aplicável parto à procura de qual seria o estado “com interesse dominante na determinação do problema específico”, porque dizer que a “implementação das políticas relevantes do estado” constitui fator preponderante na escolha? Se conheço o estado com o interesse dominante, isto basta, não precisando mais refletir sobre a implementação de suas políticas. Aliás o comentário do *Restatement* à seção n° 287 parece não refletir com exatidão os fatores contidos na seção n° 6 em que se lê, entre outros: “*b) the relevant policies of the forum, c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue*”.

ato com a intenção de legitimar a criança. Se o genitor reconhece a criança como sua, este ato deve produzir os efeitos pretendidos desde que resultem da lei do domicílio do pai ou da lei do domicílio da criança à época do reconhecimento da filiação.

O terceiro fator — favorecer a implementação das políticas básicas inerentes à específica área do direito — significa em matéria de filiação que o legislador prefere o *status* de legitimidade sobre o da ilegitimidade. Daí resulta que, uma vez estabelecido o *status* de legitimidade na conformidade das regras fixadas neste parágrafo do *Restatement*, será ele mantido independentemente de posteriores eventos, como a mudança de domicílio pelas partes. Inversamente, eventos subseqüentes como o reconhecimento da criança pelo genitor combinado com uma mudança de domicílio por um ou ambos os pais, terá freqüentemente o efeito de converter a ilegitimidade em legitimidade⁶¹.

O comentarista do *Restatement* ainda explica que nos casos mais comuns, em que a criança e seu genitor estão domiciliados no mesmo estado, a lei deste será determinante sobre a legitimidade da criança. Mas há casos em que genitor e criança estarão domiciliados em estados diversos e cada estado terá interesse na questão: se a lei do estado do domicílio do genitor considerar a criança legítima, isto será igualmente reconhecido pela lei do estado do domicílio da criança, mesmo que pela lei deste, a criança não seria legítima. Esta orientação segue a política de beneficiar a criança. Se o estado do domicílio do genitor, que tem o maior interesse em sua proteção, lhe impõe as obrigações decorrentes da legitimidade, não há razão por que as cortes de outros estados ajam diversamente⁶²; já na hipótese contrária, em que a lei do estado do domicílio da criança considera-o legítimo, enquanto a lei do estado do domicílio do genitor assim não entende, segue-se o critério de aplicar a lei da legitimidade, a não ser que isto seja injusto para o pai⁶³.

61 Comentários ao Restatement, op. cit., pp. 255-6.

62 Id, p. 257.

63 Id, p. 258 onde se lê: “.. unless considerations of fairness to the parent forbid”.

Sintetizando a jurisprudência americana, Scoles e Hay dizem que o *status* de legitimidade de *per se* não tem significado autônomo, eis que geralmente as questões em que ela é discutida giram em torno de sucessão *causa mortis*, e com a moderna extensão de direitos hereditários a crianças nascidas fora do casamento, tornam-se mais raros os casos em que se tem que discutir a legitimidade⁶⁴.

A seção n° 288 dispõe que uma vez estabelecida a legitimidade em determinado estado, os outros estados reconhecerão este *status* para todos os efeitos, como se a criança tivesse sido legitimada de acordo com as suas próprias leis.

Jurisprudência americana

*Fuss v. Fuss*⁶⁵ — Um juiz de Massachusetts decidiu que um casamento contraído no México por um casal de americanos, era inválido, e negou ao cônjuge varão o direito de posse e guarda das crianças que nasceram da união. No entanto, apesar de não ter havido um casamento válido pela lei de Massachusetts, julgou que as crianças eram legítimas, ordenando à mãe incluir no nome das crianças o nome do pai.

O tribunal de apelação de Massachusetts confirmou a sentença, observando que o direito conflitual deste estado rege a filiação pela lei do estado do domicílio: os pais viviam em Nova York quando as crianças nasceram, e de acordo com a lei novaiorquina as crianças eram legítimas.

*Morales v. Bowen*⁶⁶ — Uma mulher solteira, originária de Porto Rico, deu à luz duas crianças em Nova York, retornando mais tarde a Porto Rico, vindo o pai das crianças a falecer em NY. A previdência social governamental (*social security*) recusou a pensão aos filhos, sob a argumento de que a paternidade

64 SCOLES e HAY, “Conflict of Laws”, p. 553.

65 *Fuss v. Fuss*, julgado em 1977, 372 Mass. 64, 368 N.E.2d.271, 273, apud Restatement, 4° volume, p.461.

66 *Vega on Behalf of Morales v. Bowen*, julgado em 1987, 664 F. Supp. 659, 661, apud Restatement, 6° volume, p. 571.

não estava devidamente provada de acordo com a lei nova-iorquina. A Corte administrativa reformou esta decisão considerando aplicável a lei de Porto Rico, de acordo com a qual a paternidade estava adequadamente comprovada. A aplicação da lei porto-riquenha foi justificada pela instância superior por ser este o estado que tinha a relação mais significativa com as crianças, *the most significant relationship*, como indicado na seção 6ª do *Restatement*, que expressa, no conflito de leis americano, o princípio da proximidade.

REGULAMENTO PROCESSUAL EUROPEU

O Conselho da União Européia aprovou um regulamento no ano 2000 (Regulamento n. 1.347/2000, do Conselho, de 29 de maio de 2000), relativo à “competência, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental de crianças comuns”⁶⁷, que passou a ser conhecido como “Bruxelas II”, por formular, para o direito de família, um sistema uniformizado para as múltiplas questões jurisdicionais como competência e reconhecimento de sentenças estrangeiras, a exemplo da Convenção Européia Relativa à Jurisdição e Execução de Sentenças em Matérias Cíveis e Comerciais, aprovada em Bruxelas em 1965 (e ampliada em Lugano, em 1988), que cuidou das matérias cíveis e comerciais em termos gerais, tendo excluído de seu escopo, entre outras, as questões relativas ao estado da pessoa e as questões matrimoniais.

MODERNAS QUESTÕES CIENTÍFICAS DA FILIAÇÃO

Efeitos Jurídicos do teste DNA sobre a Filiação

Os tribunais estaduais americanos da Pensylvania e do Texas negaram pedidos visando o cancelamento da paternidade e da

67 REVUE 2000.524.

obrigação alimentar (previamente fixada em juízo) apresentada por pais que provaram com o teste DNA que não eram os pais da criança⁶⁸. Para estas cortes a presunção *pater is est, quem nuptiae demonstrant* é determinante e supera os resultados apurados cientificamente. A rigor, explicam as cortes, trata-se de proteger a criança, não lhe retirando uma situação que já adquirira junto ao ex-pretense pai. Mas como não é homogêneo o entendimento nos diversos estados americanos, já tendo o estado de Ohio legislado no sentido de liberar os homens de prestações alimentícias se ficar provado que não são pais da criança, tendo sido introduzido projeto no mesmo sentido no legislativo do estado de Nova Jersey, é de se antever o aparecimento de penosas batalhas judiciais nos Estados Unidos, em que se terá de decidir sobre a lei aplicável quando dois estados, com orientações diferentes, estiverem envolvidos. Note-se que no ano de 1999 foram realizados em todo o país 280.000 testes de paternidade, e que em 28 por cento dos testes ficou provado que o homem testado não era o pai da criança⁶⁹.

Esta questão conflitual também poderá ocorrer no plano internacional, na hipótese de pai e filho regidos por lei que não aceita o resultado do exame de DNA para alterar paternidade já consagrada, e, por isto, não admite a realização desta prova em juízo, em que o pai se submete ao exame para comprovar que não é pai da criança, em jurisdição que, por alguma razão, se considere competente para examinar a pretensão, e cujo direito seja favorável à realização deste teste sob auspícios judiciais.

Primeiramente, poderia o julgador especular se o pedido versa tão-somente matéria de prova, ou se deve ser entendido como questão de substância: aceita a primeira tese, a jurisdição estrangeira poderia julgar conforme a lei local, pois em matéria de prova a regência é da *lex fori*, mas, se a questão de aceitar DNA para eventual cassação de paternidade for entendida como matéria de

68 “Daddy no More”, American Bar Association Journal, July 1999, p. 30 e “Whose Child is This? DNA Testing is Unsettling Paternity Law”, International Herald Tribune, de 12 de março de 2001, pp. 1 e 3 e The New York Times, 2 de março de 2001.

69 International Herald Tribune, loc. cit.

substância, poderia ser considerado que a *lex fori* não é a competente. Por outro lado, se aceito o pedido e comprovado que o pretense pai realmente não o é, seria este resultado aceito na jurisdição que não admite esta prova? Poderia ser comparada a situação à da investigação da paternidade, que, durante muito tempo não era admitida em França, mas cujos tribunais aceitavam sentenças estrangeiras que houvessem decidido pela paternidade? Assim também em matéria de teste de DNA, poderia ser entendido que a jurisdição do pai não tolera a realização da prova por meio do teste, mas, uma vez efetuado no exterior, seus resultados podem ser aceitos.

Outro problema de direito internacional privado que se pode antever é a sentença estrangeira que tenha decretado a cassação da paternidade, por meio de demonstração do DNA, trazida para homologação aos tribunais do país do domicílio do filho, onde não se admite este processo, para ali ser executada. Tratando-se de decisão prejudicial ao filho, a homologação da decisão estrangeira deverá ser recusada, por chocar gravemente a ordem pública do foro ao contrariar o princípio protetivo *favor infans*.

Todavia, há que se admitir que, eventualmente, a ordem pública venha a ser utilizada nesta matéria em sentido contrário pelos favoráveis ao processo DNA, entendendo ser contrário à moral da sociedade — e não só ao interesse do “pai” — que um estranho seja considerado genitor de uma criança que ele comprovadamente não gerou, o que, de certa forma, serviria para acobertar futuros casos de infidelidades conjugais de esposas que se sentiriam tranquilas em gerar prole de estranhos, seguras da cobertura financeira por seus maridos.

Nesta matéria, que tende a tornar-se muito controvertida, além dos princípios da proteção ao menor e da ordem pública, poderá, eventualmente, também ser invocado o princípio da proximidade, no sentido de que pai é a pessoa mais próxima à criança, e assim teremos, além do pai biológico, do pai que aceita a inseminação artificial de sua esposa ou companheira, do pai adotivo, também o pai que, por ter cuidado e protegido a criança durante certo tempo, criando-se entre eles laços econômicos e afetivos, deve continuar sendo o pai da criança. A tese é ousada pois, diversamente das

outras paternidades, esta criaria uma situação forçada, em que se estaria mantendo uma relação fictícia contra a vontade e o interesse do pretense pai.

Crianças Geradas por Inseminação Artificial

A seção 27 do *Family Law Reform Act 1987* regula a situação da criança nascida de sêmen de pessoa que não o marido da mãe, com o qual ela era casada à data da inseminação. Dispõe a lei inglesa que a criança deve ser considerada como filha dos cônjuges, e não como filha de outra pessoa, a não ser que fique provado que o marido não consentiu na inseminação. Esta regra entrou em vigor e se aplica a crianças que tenham nascido na Inglaterra a partir de 4 de abril de 1988⁷⁰.

A doutrina europeia debate a inseminação artificial de mães solteiras e casais homossexuais, eis que diante do anonimato do doador a criança resultante ficará deliberadamente privada de filiação *a patre*. Na Espanha e na Inglaterra esta prática já é admitida⁷¹.

Uma moderna questão de direito internacional privado seria a hipótese transnacional em que a inseminação artificial tenha sido executada em país que admite esta prática em mães solteiras e casais de lésbicas, processada em pessoa regida, seja por força de sua nacionalidade, seja devido a seu domicílio, ou residência habitual, por leis que não admitem esta intervenção, por insistirem no direito da criança conhecer sua paternidade. A mãe estaria, assim, a procriar uma criança e ao mesmo tempo a negar-lhe um direito que lhe é atribuído pela lei que irá reger seu *status*.

⁷⁰ Vide DICEY e MORRIS, op. cit., p. 861.

⁷¹ Vide MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, “The Status of the Father in European Legislation”, Am. J. Comp. L. 1996.487,492. Neste trabalho a autora informa que os órgãos criados pelo Conselho da Europa para estudar este tipo de problema rejeitaram a existência de um direito de procriar crianças artificialmente, uma vez que elas ficariam privadas de um pai (ou mãe). Vide HELOISA HELENA BARBOZA, “A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização ‘In Vitro’”, às pp. 55 e ss.

Estaríamos aqui diante uma questão que afeta a ordem pública de outra jurisdição, o que deveria levar as autoridades do país que admite a inseminação artificial nestes casos, a recusá-la a pessoas regidas por outro sistema jurídico⁷².

Ocorre aqui um interessante choque de princípios. De um lado a Convenção sobre os Direitos da Criança, que iremos examinar adiante, garante à criança, em seu artigo 7º, o direito de conhecer seu pai e, por outro lado, as mães solteiras e as mulheres homossexuais podem invocar o artigo 8º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, que garante a todos o direito de ser respeitado em sua vida privada e em sua vida familiar, com base no qual estas mulheres teriam direito de constituir família de acordo com seu estilo de vida, inclusive o de conceber uma criança por meio artificial, que não permitirá ao filho conhecer a identidade de seu pai⁷³.

Que prevalecerá, o direito de ser mãe ou o direito da criança conhecer seu pai? Talvez o mais prático neste caso seria abolir a condição de anonimato do doador⁷⁴.

72 Sobre a ordem pública de outra jurisdição, vide minha Parte Geral, 6ª ed., pp. 414 e ss.

73 MARIA THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, op. cit., p. 493, chama atenção para o artigo 12 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais que reza “Homens e mulheres em idade nubil têm o direito de casar e fundar uma família, de acordo com as leis nacionais que regem o exercício destes direitos”, opinando que este dispositivo não cobre a hipótese da inseminação artificial.

74 O direito da criança conhecer suas origens não tem sido tão respeitado em alguns países europeus. Na França, por exemplo, uma lei de 8 de janeiro de 1993 aboliu a obrigação de incluir o nome da mãe nos registros de nascimento, visando permitir uma mulher em dificuldade de ter seu filho(a) discretamente adotado. Esta opção de registrar a criança como “nascida de mãe desconhecida” ou sob um “x”, observa Meulders-Klein, no trabalho acima citado, p. 494, ocasiona que a criança, além de não conhecer sua mãe, também não conhecerá seu pai, ficando este privado de sua paternidade, e a criança será “filho de ninguém”, a não ser que seja adotada (vide o *filius nullius* de Blackstone, no intróito deste capítulo), mas, mesmo em sendo adotado, jamais poderá conhecer suas origens. Sobre omissão dos nomes dos pais no registro de nascimento, vide artigo 57 do Código Civil francês. A autora reporta no mesmo trabalho, às pp. 493-507, as diversas orientações dos países europeus em matéria de reconhecimento e de contestação de paternidade. O direito da criança conhecer suas origens repercute em

Maternidade de Substituição

“Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour compte d'autrui est nulle”.

Esta a regra contida no artigo 16-7 do Código Civil francês, introduzida pelo legislador em 1994, com a Lei 94-654 de 29 de julho, que declara nulo todo acordo visando a procriação ou gestação por conta de terceiros, sendo que no Código Penal, artigo 227-12, estão dispostas as penas a que será submetido quem servir de intermediário para este tipo de “transação”.

O direito francês é categoricamente contrário à maternidade de substituição, pois “*la mère est celle qui accouche*” — mãe é aquela que dá à luz. Aceitar a maternidade de substituição exigiria uma sucessão de operações jurídicas para permitir a transferência da autoridade parental da mãe substituta ao casal estéril. Primeiramente, a criança deveria ser abandonada pela mãe de substituição e reconhecida pelo marido da mulher estéril. Em seguida esta adota o filho de seu cônjuge. Estas sucessivas operações arriscam suscitar um certo número de incidentes. A mãe de aluguel pode recusar abandonar a criança, guardando a compensação que lhe foi dada pela gravidez. Às vezes, ao contrário, o casal poderá recusar-se a receber a criança porque eles se separaram durante o período da gravidez, ou porque o bebê tem alguma desvantagem ou simplesmente por não corresponder à expectativa. Assim, a maternidade via outra pessoa arrisca fazer nascer uma criança que será reivindicada ou rejeitada por duas famílias. Daí a categórica recusa do direito francês em aceitar estas novas técnicas⁷⁵.

questões de medicina preventiva, que cuida das medidas apropriadas para evitar doenças transmissíveis por hereditariedade e também visa resolver certas dificuldades psicológicas. Vide, sobre estes aspectos, FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, “Les Droits de l’Enfant”, pp. 18-19, onde a autora relata que a decisão tomada na Suécia, de comunicar às crianças nascidas por inseminação artificial, a identidade do doador, resultou imediatamente numa significativa redução de doações de sêmen. Vide adiante, nota 99, referência à dúvida suscitada pelo “na medida do possível” do artigo 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança concernente a seu direito de conhecer suas origens.

75 ROSELINE LETTERON, “Le Droit de la Procréation”, pp. 80-81. A ferti-

Antes de 1994, quando se introduziu no código o dispositivo acima transcrito, a jurisprudência já recusava qualquer validade aos estratagemas organizados para transferir a uma outra família uma criança da mãe que deu à luz. A Corte de Apelação de Aix-en-Provence, em julgamento realizado em 1988, considerou ilícita uma associação destinada a servir de intermediária, visando a possibilitar convenções de maternidade para terceiros, sob o fundamento de que um acordo sobre uma criança que é um ser humano, e não uma coisa, é contrário à lei e fere o senso moral comum. A decisão não especificava de que lei se tratava e quando a causa foi julgada pela Corte de Cassação, no ano seguinte, a fundamentação foi diversa: é ilícita uma associação cujo objetivo é suscitar convenções relativas a “colocar à disposição dos pretendentes as funções reprodutivas da mãe”, o que é contrário aos princípios da indisponibilidade do corpo humano e do estado das pessoas. Em 1991, com base no mesmo fundamento, a Cassação afirmou a nulidade de um contrato de procriação para terceiros.

Estas decisões da justiça francesa ocorreram após um caso rumoroso ocorrido nos Estados Unidos, a famosa questão do *Baby M*, em que a Corte Suprema de Nova Jersey admitiu, em 1988, a validade de um contrato de mãe de aluguel baseado no “direito fundamental de procriar e conseqüentemente de se reproduzir fora as relações sexuais”. No caso, a mãe de aluguel recusou-se a entregar a criança ao casal e fugiu para outro estado. Finalmente a guarda da criança foi confiada ao pai biológico, o marido da mulher infértil, e a mãe de aluguel só obteve um direito de visita.

Uma decisão da Corte de Apelação de Paris, de 1990, que admitiu o contrato de mãe de aluguel para o fim de adoção da criança, foi cassado pelo Tribunal Supremo que mui enfaticamente proclamou que, “o corpo humano não se empresta, não se aluga, não se vende ... isto é certo”. A teoria é que o corpo humano é coisa fora do comércio, daí a nulidade de qualquer contrato ligado ao empréstimo das funções de procriação ou de gestação por outra

lização *in vitro* só é permitida para assistir na procriação, em que o processo contém a contribuição genética de pelo menos um dos cônjuges, ficando proibida a concepção de embriões para finalidades comerciais ou experimentais.

pessoa, em favor de um casal estéril, invocando o artigo 1.128 do Código Civil que dispõe que “somente as coisas dentro do comércio podem ser objeto de contratos”.

A doutrina francesa tem reservas sobre esta posição da Corte de Cassação, eis que já há muito era comum a figura das mulheres que aleitavam crianças de terceiros, considerando também a moderna orientação que admite a indenização para o doador de sangue ou de um órgão, que é concebida como tal e não como remuneração. A corte foi criticada como “projetando o imaginário para dentro do direito positivo”, inadmitindo como lícito o conjunto de técnicas médicas inventadas para a procriação, pelo menos aquelas que implicam na intervenção de um doador de esperma ou de óvulo⁷⁶.

O fundamento da Corte no princípio da indisponibilidade do estado das pessoas significa que o acordo com a mãe de aluguel conduz necessariamente ao abandono da criança pela pessoa que a trouxe ao mundo, o que representaria o desvirtuamento do procedimento da adoção, cujo objetivo é dar uma família a uma criança orfã, e não levar uma mulher a abandonar sua criança quando ela nasce. E como o abandono de uma criança constitui uma infração penal, todo estímulo neste sentido representa um atentado à ordem pública.

A legislação de 1994 seguiu esta mesma orientação, eis que o dispositivo que veda a atividade dos intermediários entre a mãe de aluguel e o casal infértil foi colocado no mesmo artigo que pune a incitação ao abandono de uma criança, artigo 227-12 do Código Penal. A doutrina, descontente com a jurisprudência da corte suprema, está igualmente inconfortável com a nova legislação, que é considerada como potencialmente conducente a práticas transgressivas.

A vedação legislativa levou os casais estéreis a todo tipo de estratagemas para conseguir uma criança. Um dos casos mais interessantes foi julgado pelo *Tribunal de Grande Instance* de Paris em que uma mulher estéril requereu em juízo a adoção de uma criança

76 Id., pp. 87-88.

nascida no Brasil cuja paternidade foi reconhecida pelo marido. Não se tratava realmente de uma maternidade substitutiva mas da “compra” de uma criança cuja mãe estava disposta a cedê-la, sem que ela tivesse sido originalmente concebida para esta finalidade. O procedimento utilizado foi o de a mãe adotar uma criança já reconhecida por seu marido e por sua mãe biológica que veio à França especialmente para esta finalidade. O tribunal de adoção suspeitou desta prática e ordenou um exame comparativo do sangue da criança e do homem que a reconheceu. Diante de sua recusa em submeter-se ao teste, a adoção não se materializou. Segundo comentário da doutrina francesa, a fraude foi descoberta porque a mãe biológica era originária de país donde provêm muitas crianças adotadas, pelo que a paternidade biológica do pai parecia pouco provável.

A opção que resta aos casais franceses que não têm, e desejam ter um filho, e que podem se dar ao luxo, é recorrer a um outro país onde a prática da mãe substituta é admitida, como Grã-Bretanha, Espanha e certos estados dos Estados Unidos como a Califórnia e Nova York, executando toda a operação de “transferência” no país estrangeiro. Assim, fala-se no “turismo da procriação”, que permite aos casais ir “comprar” uma criança em um Estado mais tolerante.

Dentro da sistemática do direito internacional privado não há como deixar de reconhecer a filiação de crianças validamente registradas como filhos em outro país, onde o processo percorrido foi efetuado na conformidade da legislação local. É o caso típico de reconhecimento de direitos adquiridos⁷⁷.

Mas sempre caberia invocar contra a regularidade desta operação a teoria da fraude à lei no direito internacional privado⁷⁸.

77 Sobre a evolução do direito francês, legislado, doutrinário e jurisprudencial nesta matéria, vide ROSELINE LETTERON, “Le Droit de la Procréation”, pp. 80 e ss. e MARIELLE DE BÉCHILLON, “La Notion de Principe Général en Droit Privé”, pp. 93 e ss.

78 Sobre fraude à lei no direito internacional privado, vide minha Parte Geral, capítulo XIV.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, criou a Corte Européia de Direitos Humanos⁷⁹, à qual têm acesso, não só os Estados da União Européia, mas igualmente os particulares⁸⁰. Vejamos algumas decisões importantes da Corte em matéria de direito de família, demonstrando a internacionalização das questões que surgem entre pessoas no seio da célula familiar e entre elas e o Estado. Seguem decisões da Corte em pedidos formulados por particulares contra a Bélgica, a Holanda, a França e o Reino Unido. Com exceção do último caso, a Corte julgou a favor dos reclamantes.

Marckx v. Belgium

Com base nos artigos 8 e 14 da Convenção Européia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em Roma em 1950 (em vigor desde 1953)⁸¹, a Corte Européia de Direitos do Homem julgou, em 1979, o caso *Marckx v. Belgium*⁸², decidindo que:

“Na definição das leis aplicáveis a certos laços familiares, como aqueles relativos à mãe solteira e à criança, o Estado tem obrigação de agir de tal maneira que possibilite às partes envolvidas manter uma vida familiar normal. De acordo com os

79 Artigos 38 e ss. A Convenção também criou a Comissão, a qual se constituía em uma instância preliminar, que decidia se a reclamação apresentada contra um Estado, seria enviada à Corte européia dos Direitos do Homem.

80 A partir de 1998, por força do Protocolo nº 11, aprovado em 1994, que fundiu a Comissão e a Corte, as partes queixosas se dirigem diretamente à Corte.

81 Vide BURNS H. WESTON, RICHARD A. FALK, ANTHONY A. D’AMATO, “Basic Documents in International Law”, p. 164, 166 e vide tradução destes dispositivos no tópico anterior.

82 *Marckx case*, “Publications of the European Court of Human Rights”, series A, vol. 31, 1979, pp. 4-31.

termos do artigo 8º, o respeito pela vida familiar implica especialmente, no entender da Corte, a existência na lei nacional de proteção legal que permita à criança integrar-se em sua família desde o momento de seu nascimento⁸³.

Esta decisão decorreu da legislação belga, então vigente, segundo a qual a criança nascida de mãe solteira só teria assegurada sua filiação *a matre* mediante o reconhecimento voluntário da mãe ou mediante ação de investigação de maternidade e, mesmo depois de estabelecida a filiação por um dos dois referidos métodos, a relação se restringia à mãe, não passando a criança a pertencer à família da mesma, com conseqüências negativas em seu direito de herança dos avós, também não podendo reivindicar alimentos dos mesmos.

Além disto a criança “ilegítima”, mesmo depois de reconhecida por sua mãe, sofria restrições no seu direito de herdá-la, sendo considerada uma herdeira excepcional (“*successeur irrégulier*”) que só herdava da mãe se esta não deixasse parentes com direito à herança, além de nada herdar dos parentes de sua genitora.

A Corte decidiu que o artigo 8 da Convenção não distingue entre a criança “legítima” e a criança “ilegítima”, ante o termo “toda pessoa” (“*everyone*” no original inglês), o que vem confirmado no artigo 14 que veda qualquer discriminação baseada no “nascimento”. Assim, julgou a Corte Européia, que a legislação belga feria as disposições contidas nestes dois artigos da Convenção Européia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

O caso *Marckx* tratou da instituição de maternidade sem casamento, que não era automática no regime do direito belga. Mais tarde, no caso *Johnston v. Ireland*, a Corte estendeu esta interpretação do artigo 8º da Convenção Européia à paternidade sem casamento⁸⁴.

83 Vide MEULDERS-KLEIN, op. cit., p. 492.

84 *Case of Johnston and Others*, “Publications of the European Court of Human Rights”, Series A, vol. 112, pp. 5-55, julgado em 18 de dezembro de 1986.

Também ficou decidido no caso *Marckx* que o artigo 8(1) da Convenção assegura o registro do nascimento da criança independentemente do *status* marital de seus pais.

A Convenção Européia Sobre o Estatuto Jurídico de Crianças Nascidas Fora do Casamento, de 15 de outubro de 1975, adota a mesma orientação em seus artigos 2 e 3⁸⁵. Também foi invocada pela Corte Européia no caso *Marckx* a Convenção de Bruxelas de 12 de setembro de 1962, sobre o Estabelecimento da Filiação Maternal de Crianças Naturais⁸⁶.

A Convenção sobre a Legitimação por Casamento, firmada em Roma em 10 de setembro de 1970, sob o patrocínio da Comissão Internacional do Estado Civil, dispõe que se a lei nacional do pai ou a lei nacional da mãe legitimam a filiação natural pelo casamento de ambos, esta legitimação será considerada válida em todos os Estados contratantes, regra que se estende igualmente à legitimação por força de decisão judicial⁸⁷.

Camp and Bourimi v. The Netherlands

Este caso foi julgado em outubro de 2000⁸⁸. Os fatos assim se resumem: Em 1992 morreu Abbie Bourimi, deixando sua

Vide GERALDINE VAN BUEREN, Rights, p. 44. Outra decisão da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Gaskin v. United Kingdom*, de 1989, estabeleceu o direito da pessoa conhecer suas origens. Esta decisão foi publicada pela Corte Européia de Direitos Humanos sob nº 2/1988/146/200.

85 A Convenção dispõe o seguinte: “Artigo 2º — A filiação materna de toda criança nascida fora do casamento será baseada exclusivamente no fato do nascimento da criança. Artigo 3º — A filiação paterna de toda criança nascida fora do casamento pode ser comprovada ou estabelecida por reconhecimento voluntário ou por decisão judicial”. Vide GERALDINE VAN BUEREN, “International Documents on Children”, p. 122.

86 Caso *Marckx*, p. 10.

87 Artigo 1º. Vide a Convenção em CLUNET 1976.740. A Convenção (artigo 5º) estende sua aplicação aos países não contratantes, ou seja, a legitimação da criança pelo casamento dos pais, nacionais de Estado não contratante, também será reconhecida nos Estados contratantes.

88 www.echr.cor.int

companheira, Ms. Camp, grávida de filho seu, sem ter com ela casado, nem ter deixado testamento. O casal, que vivia junto em imóvel de propriedade de Bourimi, tivera intenção de casar, o que foi adiado pela morte da mãe da srta. Camp e, antes que pudessem realizar seu intento matrimonial, Bourimi veio a falecer.

Os pais do falecido, não acreditando que Camp estivesse grávida de seu filho, nem que os dois iriam se casar, se consideravam — a si e a seus outros filhos — únicos herdeiros de Bourimi, mudando-se para a casa deste, da qual se retirou a srta. Camp.

Camp pediu à corte de Roermond reintegração na posse do imóvel, que foi indeferida, mas a corte de apelação de Hertogenbosch reformou a decisão, ordenando a devolução da casa à Camp. Esta já pedira à Rainha da Holanda que lhe concedesse “carta de legitimação” para o filho que iria nascer, o que teria o mesmo valor — de acordo com a lei então vigente — do que o reconhecimento da paternidade pelo genitor, carta esta que foi concedida por Sua Majestade.

Os pais de Bourimi recorreram da decisão da Corte de Apelação para a Suprema Corte da Holanda, que reformou a decisão de 2ª instância, considerando que a “carta de legitimação” não tinha efeitos retroativos à data do falecimento de Bourimi e, por isto Sofian — filho de Camp — não poderia herdar de seu falecido pai.

Quanto ao argumento de Camp de que não reconhecer o direito de seu filho herdar do pai contrariava os artigos 8º e 14 da Convenção de Direitos Humanos, a Corte considerou que as consequências de uma incompatibilidade da lei holandesa com estes dispositivos da convenção constituem matéria que vai além das atribuições do judiciário.

A Corte Suprema devolveu a causa à corte de apelação para que esta examinasse se haveria outras razões que garantiriam a permanência de Camp no imóvel, como o fato de que ela vivera no mesmo durante considerável período de tempo. Mas isto não foi examinado pela corte porque as partes fizeram um acordo pelo qual Camp e Sofian deixaram a casa.

E assim a herança foi distribuída entre os pais e os irmãos de Bourimi, e Sofian e sua mãe foram bater às portas da Corte Européia dos Direitos do Homem, sustentando que a não retroatividade da carta de legitimação à data da morte de Bourimi era contrária ao artigo 8º e artigo 14 considerado em conjunto com o artigo 8º da Convenção de Direitos Humanos.

A Corte Européia decidiu a favor de Sofian, lembrando que em casos anteriores já decidira que questões de herança entre parentes fazem parte das previsões da convenção sobre a vida em família, e por isto o artigo 14 examinado em conjunto com o artigo 8, é aplicável à espécie. A Corte observou que Sofian, que só teve reconhecida sua relação com seu pai quando a carta de legitimação foi concedida, não pôde herdar do pai, diversamente do que ocorre com filhos que têm relação juridicamente reconhecida de filhos, por terem nascido de pais casados ou por terem sido reconhecidos pelo pai. Isto constitui, indubitavelmente, uma diferença no tratamento entre pessoas em situações similares, baseados no nascimento. Disse a corte:

“Para fins do artigo 14 uma diferença de tratamento é discriminatória se não tem objetivo e justificativa razoável, isto é, se não objetiva uma finalidade legítima ou se não houver relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo colimado. De acordo com a jurisprudência da corte, razões muito fortes devem ser colocadas para que se admita a compatibilidade de diferença de tratamento com base em nascimento fora do matrimônio.

A Corte observou que não tinha havido uma decisão consciente de Bourimi de não reconhecer a criança que Camp trazia. Pelo contrário, ele tivera a intenção de casar com ela, daí ter sido concedida a carta de legitimação, porque sua morte impossibilitara o casamento. Por isto a corte não aceitou os argumentos do governo holandês de que Bourimi teria tido maneiras de evitar a situação em que se encontrava o filho (testamento ou reconhecimento de filiação).

Mesmo reconhecendo que a proteção dos direitos dos outros herdeiros pode constituir um objetivo legítimo, a proporcionalidade dos meios que se exige para alcançar este objetivo não se materializou, pois, observa a Corte, Sofian não era um

descendente de cuja existência os outros parentes não estavam conscientes.

Assim, decidiu a Corte que Sofian deveria herdar de Bourimi, receber custas judiciais e fixou o valor da indenização por danos morais que Camp deveria receber.

Mazurek v. France

Julgado pela Corte Européia dos Direitos do Homem, em fevereiro de 2000, a questão concernia a distinção entre filhos legítimos e filhos adulterinos, na divisão da herança do genitor comum⁸⁹.

As duas primeiras instâncias — o *Tribunal de Grande Instance* de Nîmes e a *Cour d'Appel de Nîmes* — se basearam no artigo 760 do Código Civil francês, que dispõe que os filhos naturais cujo pai ou mãe estivessem, ao tempo da concepção, engajados em laços matrimoniais dos quais resultaram filhos legítimos, são chamados à sucessão em concurso com estes filhos, mas cada um deles receberá a metade da parte que lhe caberia se todos os filhos do defunto, inclusive ele mesmo, fossem legítimos, e acrescenta que a parte que lhe é diminuída da herança, será atribuída aos filhos resultantes do casamento, que o adúltero desrespeitou, dividindo-se entre eles na proporção de suas partes hereditárias.

Os tribunais reconheceram que este dispositivo contraria o princípio da igualdade de filiações estabelecido no artigo 334, alínea 1^a do Código Civil, mas considerou que ele não se destina a operar uma discriminação entre filhos em função de seu nascimento, mas de assegurar o respeito mínimo dos compromissos contratados por meio do casamento do pai casado que gera uma criança natural, concluindo que esta regra é necessária para proteger os direitos de terceiro, representando o princípio da ordem pública que não contraria a convenção⁹⁰.

89 Id.

90 Para ilustração acrescento mais um trecho da decisão da corte de apelação

A Corte de Cassação, julgando o recurso interposto, considerando a argumentação baseada nos artigos 8º e 14 da convenção, julgou que a vocação hereditária é matéria estranha ao respeito à vida privada e familiar reconhecida pelo artigo 8º da convenção.

Mas a Corte Européia de Direitos do Homem deu ganho a Mazurek, com fundamento no artigo 2º da Convenção da ONU sobre os direitos da criança, que veda qualquer discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, status nacional, étnico, social, de origem, de propriedade, deficiência, nascimento, ou outro, e também com base no artigo 14 da Convenção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais da Comunidade Européia, que igualmente veda qualquer espécie de discriminação, e ainda invocou a Convenção Européia de 1975 sobre o estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento (não ratificada pela França) e a tendência generalizada de eliminar qualquer discriminação contra filhos adulterinos.

A decisão da Corte Européia foi no sentido de atribuir a Mazurek o valor que lhe cabe como herdeiro equiparado aos outros sucessores, mais perdas e danos e custas judiciais.

X, Y, et Z. c. Royaume Uni

A Corte Européia dos Direitos do Homem decidiu, em 1997, uma reclamação contra o Reino Unido, cuja Justiça não reconhece-

de Nîmes no original: "Attendu que les dispositions de cet article n'ont pas été édictées pour porter préjudice à l'enfant adultérin mais pour protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère, qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure volontairement discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin, qu'en l'espèce cet article assure la protection des enfants nés du mariage qui pourraient être défavorisés lorsque s'ouvre la succession de leurs parents par la présence d'un enfant adultérin qui, du fait du prédécès du conjoint non adultère, et du régime matrimonial choisie par les conjoints, pourrait recueillir dans la succession de son auteur à la fois les biens provenant de celui-ci et les biens provenant du conjoint dont il n'est pas enfant".

ra a paternidade a um transexual que se transformara cirurgicamente em homem e que era companheiro de uma mulher que teve um filho por inseminação artificial. O tribunal decidiu que nada existe na Convenção que obrigue o Estado a reconhecer oficialmente como pai da criança uma pessoa que não é seu pai biológico⁹¹. Os detalhes do caso foram os seguintes:

Vivia em Manchester, na Inglaterra, “A”, nascido em 1955, transexual convertido do sexo feminino ao sexo masculino, mantendo união estável com “B”, mulher, nascida em 1959. “A” lecionava em uma escola superior de sua cidade. Em 1992 nasceu “C”, resultado de inseminação artificial em B, mediante doação de sêmen de proveniência anônima, realizada na presença de A. O pedido para realizar a inseminação artificial foi inicialmente rejeitado pela comissão ética do hospital, mas tendo o “casal” apelado desta decisão, invocando um estudo realizado sobre 37 crianças educadas por transexuais ou homossexuais (pais ou não pais da criança) que não revelou qualquer orientação sexual anormal ou outra consequência nociva para as crianças⁹², a comissão ética reconsiderou sua decisão original e aprovou o procedimento cirúrgico requerido, pedindo a “A” que reconhecesse a paternidade da criança que viesse a nascer, na conformidade da lei de 1990 sobre fecundação e embriologia humanas.

A lei sobre fecundação e embriologia humanas, de 1990, dispõe que quando uma mulher não casada dá à luz uma criança concebida artificialmente, mediante a concordância de seu companheiro homem, este, e não o doador, será considerado o pai da criança.

Uma vez fecundada “B”, “A” requereu ao registro civil informar-lhe se haveria alguma objeção a que ele obtivesse o registro como sendo pai da criança. O registro civil recebeu

resposta do Ministério da Saúde no sentido de que somente um indivíduo biologicamente do sexo masculino pode ser registrado como pai, e que no caso presente, a criança poderia legalmente usar o nome de “A”, tendo este direito a uma dedução de seu imposto de renda em provando que a criança era por ele sustentada.

Quando a criança nasceu, “A” e “B” tentaram, mesmo assim, registrar a criança como sendo eles o pai e a mãe da mesma, o que foi recusado, ficando a rubrica pai da criança em branco no seu registro de nascimento.

O direito inglês define o sexo com base em critérios biológicos, constatados no momento do nascimento da pessoa. E não reconhece as conversões sexuais resultantes de intervenção cirúrgica. Daí decorre que um transexual mulher-homem não pode casar com uma mulher, nem ser considerado pai de uma criança.

Inconformados os “pais” recorreram à Comissão Europeia de Direitos Humanos, sustentando que a decisão do governo inglês contrariava os artigos 8º e 14 da Convenção Europeia de Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais⁹³.

A Comissão de Direitos Humanos aceitou a reclamação dos ingleses e assim a matéria foi levada à Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Os requerentes afirmaram perante a Corte que desde o nascimento da criança eles levam uma “vida familiar” no sentido do artigo 8º, sustentando, com base na jurisprudência da Comissão e da Corte, que o determinante é a realidade social acima do estatuto jurídico formal, e que no caso, “A” proporciona sustento financeiro e afetivo para “B” e para a criança.

O governo inglês sustentou que não cabia aplicar aos recorrentes o conceito de “vida familiar”, uma vez que a situação representa a vida conjunta de duas mulheres pois que “A” continua sendo considerado como pertencendo ao sexo feminino, e no que tange à criança, não há como considerar que “A”

91 Revue Trimestrielle de Droit Familial 1997.171.

92 A referência é a “Sexual Identity of 37 Children raised by Homosexual or Transsexual Parents”, na American Journal of Psychiatry, 1978, vol. 135, pp. 692-697.

93 Vide o texto dos artigos 8 e 14 na nota 32.

tenha com ele uma relação familiar, uma vez que não há parentesco sanguíneo, por casamento ou por adoção.

Argumentou ainda o governo da Inglaterra que os Estados contratantes gozam de larga margem de critério no domínio complexo do fenômeno transexual, considerando que não existe posição uniforme sobre a questão. Considera que a ciência e o direito ainda não modificaram de maneira importante suas visões a respeito dos transexuais e que apesar das recentes pesquisas, subsistem as incertezas quanto à natureza profunda do transexualismo, não havendo ainda consenso suficiente entre os Estados-membros do Conselho da Europa.

A corte aceitou a argumentação do governo inglês, assinalando que neste campo ainda há muito questionamento, inclusive no que se refere à própria inseminação artificial, eis que não existe consenso entre os membros do Conselho da Europa se é preferível, do ponto de vista da criança, proteger o anonimato do doador ou dar à criança o direito de conhecer sua identidade⁹⁴.

94 Tem sido debatido se a questão de manter ou não manter o anonimato do doador pode ser comparada à situação da adoção, onde se admite que a criança seja informada da identidade de seus pais biológicos. Sobre isto reproduzo trecho de GERALDINE VAN BUEREN, "Rights ..", p. 126: "*Há que se considerar se os direitos de acesso aos dados relativos à adoção podem ser aplicados analogicamente à inseminação artificial. O direito das crianças de preservar sua identidade também tem implicações para crianças nascidas por inseminação artificial que desejem conhecer a identidade de seu genitor(a) biológico(a). Como Haimes reconhece 'reprodução artificial poderia aprender das omissões e dos erros da adoção, ao invés de simplesmente aceitar que os problemas do segredo da adoção foram resolvidos'. Por outro lado, há diferenças entre reprodução artificial e adoção. A adoção envolve indivíduos preexistentes, enquanto o objeto da genética é criar uma criança. A adoção cuida de prover adultos para crianças, enquanto a reprodução artificial cuida de prover crianças para adultos. Na maioria das adoções, ambos pais têm a mesma relação social com a criança, mas no caso de doação do esperma ou do óvulo, um pai é geneticamente relacionado com a criança. Todavia, apesar destas diferenças, o direito da criança resultante de inseminação artificial de ter acesso ao nome dos doadores genéticos é semelhante ao direito das crianças adotadas de ter acesso à identidade de seus pais biológicos. Seria inconsistente advogar os direitos das crianças adotadas e ser contra os direitos das crianças nascidas por inseminação artificial*".

Concluiu a corte que em não havendo comunhão de pensamento entre os membros do Conselho da Europa e considerando que em geral o direito passa nesta matéria por uma fase de transição, há que se facultar a cada Estado um larga medida de discricção, não se podendo sustentar que o artigo 8º obrigue o Estado requerido a reconhecer como pai da criança uma pessoa que não é seu pai biológico, não havendo, assim, um desrespeito à vida familiar na negativa do registro de paternidade, decisão tomada por votação de quatorze contra seis votos, e por 17 votos contra três foi decidido que não há razão para examinar o pedido com base no artigo 14⁹⁵.

Tribunal Belga: O Direito de Visitação da Ex-Companheira da Mãe

A corte de Courtrai, na Bélgica, teve que decidir a seguinte hipótese:

Duas lésbicas viveram juntas alguns anos, durante cujo período uma delas deu à luz uma criança por meio de inseminação artificial com o sêmen do irmão da companheira. Depois que se desfez a vida em conjunto entre as duas mulheres, a companheira moveu uma ação judicial contra a mãe da criança, alegando que vivera intensamente a gravidez e o parto de sua companheira e que durante um ano e meio cuidara e educara a criança, a isto se consagrando inteiramente.

Em seu pedido, a autora sustentou que havia uma forte relação entre ela e a filha de sua companheira (sua sobrinha indireta, pela inseminação possibilitada por seu irmão) e pleiteou direito de visita à criança.

A ré, mãe da criança, contestou a ação, sustentando que não seria conveniente aos interesses da criança ficar mais de um dia por vez com a autora e, por ação reconvenção, pleiteou de sua ex-companheira alimentos a favor da criança no valor de cinco mil francos mensais.

95 Revue Trimestrielle de Droit Familial, 1997, pp. 171 a 183. Vide ANA PAULA ARISTON BARION PERES, "Transexualismo — O direito a uma nova Identidade Sexual", pp. 224 e ss.

A Corte, julgando em 1997, fundamentou sua decisão no artigo 375b do Código Civil, que dispõe que aquele que demonstra ter um laço afetivo particular com a criança, tem o direito de manter com o mesmo uma relação pessoal, tendo a autora provado enquadrar-se nesta hipótese, pelo que lhe deferiu o direito de estar com a criança nos segundos e quartos sábados de cada mês, de 10 às 18 horas. Por outro lado, não sendo a autora genitora da criança, não tem obrigação de alimentá-la, mas como tivesse oferecido em juízo alimentos no valor de um mil e quinhentos francos por mês, esta importância passaria a ser de sua responsabilidade⁹⁶.

Devido à concordância da mãe biológica à visitação de sua ex-companheira, não foi difícil chegar à decisão de deferir o pedido da outra mulher, na conformidade das condições sugeridas pela mãe. É difícil prever qual seria a solução em hipótese em que se confrontassem dois sistemas jurídicos diferentes, um tolerante com uma situação desta natureza e outro mais conservador: aplicar-se-ia a lei da requerente ou da requerida, ou, quiçá, em determinada hipótese, a lei do filho?

Em outro caso, não publicado, mas apenas referido, um juiz da *High Court* de Manchester deferiu a guarda sobre uma criança à sua mãe, e também à companheira da mesma, ambas vivendo juntas, em relação homossexual⁹⁷.

Tribunal de Nova York sobre a mesma hipótese

Numa ação processada nos tribunais de Nova York, que foi decidida, a final, pela Corte de Apelação deste Estado, discutiram-se os direitos de visitação da companheira da mãe biológica de uma criança. A Autora estabeleceu uma relação com a Ré em 1977, e começaram a viver juntas em 1978. Em 1980 resolveram ter uma criança, planejando que isto se materializa-

ria mediante a inseminação artificial da Ré, acordando que colaborariam juntas em todos os direitos e responsabilidades ligadas à educação da criança. Em 1981 a Ré teve um menino, que recebeu o último nome da Autora como seu nome intermediário, ficando com o nome de família da Ré.

Durante os primeiros dois anos da vida da criança, ambas, autora e ré, cuidaram de tudo que se relacionava com a criança, tomando as decisões necessárias em conjunto. Em 1983 as partes deram por finda sua relação, e a autora se retirou da residência comum, acordando em um sistema de visitação pela qual a autora continuou a ver a criança algumas vezes por semana. A autora concordou em continuar pagando metade do valor das prestações mensais da hipoteca e das principais despesas de casa. As visitas da autora à criança continuaram até 1986 e em todo este tempo a criança chamava ambas de “mãe”. Neste ano a ré adquiriu da autora sua parte na casa e começou a restringir as visitas da autora à criança. Em 1987 a autora mudou para a Irlanda em busca de oportunidades profissionais, continuando em suas tentativas de se comunicar com a criança, mas a ré interrompeu todo contato da criança com a autora, enviando-lha de volta todas as cartas e presentes que eram por ela enviadas à criança.

A autora move a ação pretendendo direito de visita, com base na *Domestic Relations Law*, seção 70, tendo a primeira e a segunda instâncias indeferido o pedido, por considerarem que a autora não é classificável como genitora por esta lei, e também considerando que ninguém levantou qualquer dúvida sobre a eficiência da ré como mãe. Assim, a autora foi considerada carecedora de ação, não se examinando o mérito.

A Corte de Apelação — mais alto tribunal na estrutura judiciária do Estado de Nova York — confirmou as decisões anteriores, entendendo que, não sendo mãe biológica, nem mãe jurídica (por adoção), e pretendendo ser apenas “mãe de fato”, a Autora não está enquadrada no dispositivo legal invocado, que se refere exclusivamente aos “pais” (*parents*) da criança. Sendo a ré a única mãe da criança e reconhecidamente competente e dedicada, só ela decide sobre as companhias da criança.

96 Revue Trimestrielle de Droit Familial 1998.687.

97 Revue Trimestrielle de Droit Familial 1997.171,175.

No entendimento do tribunal, o direito de visita é uma forma limitada de posse e guarda, e conceder o direito de visita a alguém afeta de alguma forma este direito.

O tribunal não aceitou o argumento da autora de que a regra legal também protege pessoas que não sejam pais, mas que tenham estabelecido alguma espécie de relação com a criança ou que tiveram uma relação com os pais da criança e desejam continuar vendo a criança.

O voto vencido do juiz Kaye encerra tese importante não só para o direito americano, mas para todos que lidam com o direito da criança em qualquer parte do mundo, e poderá repercutir em hipóteses de conflito de leis de países diferentes. Disse o magistrado que a fixação do fator biológico como a chave para o direito de visita poderá vir a afetar um largo espectro de relações, inclusive o de padrastos, pais homossexuais, como neste caso, e, participantes em procedimentos científicos de reprodução.

O juiz Kaye declarou que as estimativas revelam que mais de 15 milhões de crianças não vivem com dois pais biológicos, e que de oito a dez milhões de crianças nascem para famílias em que um dos participantes é homossexual. A decisão majoritária do tribunal significa que em todos estes casos o judiciário não deve tomar em consideração os interesses da criança.

Quanto ao pedido propriamente dito, o voto divergente foi no sentido de que a lei invocada não define o que é “parent”, que isto pode perfeitamente ser caracterizado pelo judiciário, e que por se dever considerar acima de tudo o melhor interesse da criança, julgava no sentido de que a corte originária examinasse o mérito do pedido apresentado pela autora.

A Convenção de 1989 sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989⁹⁸,

98 O Congresso brasileiro aprovou a Convenção pelo Decreto Legislativo n°

a que voltaremos em capítulos seguintes deste livro, contém dispositivos que garantem o direito da criança ter reconhecida judicialmente sua filiação. O artigo 7º dispõe que:

“A criança será registrada logo após seu nascimento e terá direito a um nome desde o momento em que nasce, direito de adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível⁹⁹, direito de conhecer seus pais e ser educada por eles”.

E no artigo 8º temos que:

“Os Estados-partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, incluída sua nacionalidade, seu nome e suas relações familiares, na conformidade da lei, sem qualquer interferência ilegal”.

Estes dispositivos foram lembrados em comentário à decisão da Corte de Cassação francesa de 1993, que recusou aplicar a lei tunisina que inadmita a investigação de paternidade, recusa esta baseada no princípio da ordem pública internacional¹⁰⁰. O comentarista assinala que a Cassação veio a declarar em outro julgamento do mesmo ano¹⁰¹ que a Convenção de Nova York não pode ser invocada diretamente perante uma corte de justiça, pois que “esta convenção só cria obrigações para os Estados-partes, não sendo

28, de 14 de setembro de 1990, tendo sido promulgada pelo Decreto Executivo n° 99.710 de 21 de novembro de 1990.

99 Este “na medida do possível” tem criado dúvidas. Vide FRANÇOISE DE-KEUWER-DÉFOSSEZ, op. cit., p. 19, que indaga se o “possível” deve ser entendido no sentido material ou jurídico, se permite aos Estados modelar sua lei de acordo com o que lhes parece justo, ou se lhes impõe criar procedimentos que permitam à criança encontrar suas origens; e à p. 51 indaga se as fronteiras deste “possível” não seriam traçadas pela vontade dos pais e pelo respeito por sua vida privada. E indaga: “que significa um laço de filiação não fundado em uma certa afeição?”.

100 JACQUES FOYER, no comentário à decisão da Corte de Cassação francesa, REVUE 1993, 620,626.

101 REVUE 1993.449.

diretamente aplicáveis no direito interno”, mas, acrescenta que nada impede que o juiz inspire sua decisão na convenção, especialmente para definir o alcance da intervenção da ordem pública¹⁰².

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DA FILIAÇÃO

*“É indiferente que a mãe seja estrangeira e o pai brasileiro, ou vice-versa, ou que ambos sejam da mesma nacionalidade, e também o lugar do nascimento; a lei que deve prevalecer será sempre o estatuto pessoal do pai. Este é o único competente para determinar se é ou não admissível a indagação da paternidade, qual o modo ou meios do reconhecimento, seus efeitos, etc.”*¹⁰³.

Durante o século XIX e boa parte do século XX a visão do direito internacional privado dava prevalência à lei do marido sobre a lei da esposa sempre que houvesse conflito entre as leis de suas respectivas nacionalidades em questões relativas às relações maritais, tanto pessoais, como patrimoniais. Já no campo das relações pais-filhos, inclusive em matéria de filiação, a doutrina se dividia em três escolas: a) a lei do pai, adotada pela lei introdutória ao Código Civil alemão e seguida por parte minoritária da doutrina européia e, no Brasil, pelo precursor da disciplina, como visto no texto acima transcrito; b) a lei nacional do filho, por ser este o maior interessado na relação jurídica, posição majoritária na doutrina européia e seguida no Brasil por Bevilacqua e outros autores, e c) cumulação da lei do pai e do filho, defendida no Brasil por Eduardo Espínola.

Filiação legítima, legitimação e reconhecimento de filiação ilegítima (voluntária ou forçada) — as matérias que compõem o capítulo da filiação — são examinadas pelos estudiosos brasileiros de direito internacional privado, freqüentemente inspirados pelos europeus, variando as soluções, como dito, entre a lei da nacionali-

dade do pai, a lei da nacionalidade do filho, cumulação de ambas estas leis, havendo ainda, na legitimação, o debate entre aplicar a lei vigente à época do nascimento da criança, ou à época do casamento dos pais.

Filiação legítima — A) A posição extrema — regência da filiação legítima exclusivamente pela lei da nacionalidade do pai — foi estabelecida pelo EGBGB, a lei introdutória ao Código Civil alemão de 1900, cujo artigo 18 dispunha:

“A filiação legítima se aprecia de acordo com as leis alemãs, quando o marido da mãe é alemão ao tempo do nascimento do filho, ou, no caso de morte do marido antes do nascimento, se ele era alemão na data de sua morte”.

Apesar da formulação unilateral, só cuidando da aplicação do direito alemão, a doutrina bilateralizou a norma, para aplicá-la a qualquer nacionalidade que o pai tivesse¹⁰⁴.

Oscar Tenório, baseando-se na jurisprudência brasileira da época em que vigia a Introdução ao Código Civil de 1916, considerava coerente o prevalecimento da lei do pai,

*“pois a sociedade familiar tem um chefe e a lei deste deve merecer aplicação todas as vezes que ocorrer divergência de legislações e surgir a necessidade de aplicação de uma lei coordenadora”*¹⁰⁵.

B) Já vimos que na Europa a doutrina clássica bem como as legislações modernas se inclinam pela aplicação da lei da criança. No Brasil esta orientação foi defendida por Clovis Bevilacqua que assim escreveu:

¹⁰⁴ EDUARDO ESPINOLA, “Elementos de Direito Internacional Privado”, p. 549.

¹⁰⁵ OSCAR TENÓRIO, “Direito Internacional Privado”, volume 2, p. 142; o texto acima foi transcrito da 11ª edição; Wilson de Souza Campos Batalha, “Tratado Elementar de Direito Internacional Privado”, 2º vol. p. 57, refere a mesma posição de Tenório em sua 1ª edição, p. 295.

¹⁰² FOYER, REVUE 1993.627.

¹⁰³ PIMENTA BUENO, “Direito Internacional Privado” (1853), p. 68.

“A lei que regula a filiação legítima é a nacional, pois que a filiação determina a situação jurídica de certas pessoas e fixa relações de família. Quando os pais têm a mesma nacionalidade dos filhos, nenhuma dificuldade aparece; mas se uns dependem de um Estado e outros de Estado diverso, é a lei nacional dos filhos que se deve atender, porque é o estado deles que se acha em causa, porque são eles os que necessitam de proteção da lei, e em virtude dessa necessidade de proteção é que a lei os acompanha”¹⁰⁶.

Esta a posição adotada pelo Código Bustamante em seu artigo 57 que dispõe:

“São regras de ordem pública interna, devendo aplicar-se a lei pessoal do filho, se for distinta da do pai, as referentes à presunção de legitimidade e suas condições, as que conferem o direito ao apelido e as que determinam as provas de filiação e regulam a sucessão do filho”.

C) A terceira posição — cumulação da lei do pai e do filho — foi advogada por Machado Villela e Eduardo Espinola. É deste autor o seguinte desenvolvimento da questão:

“A terceira solução é no sentido de se aplicar cumulativamente a lei do pai e dos filhos, uma vez que se trata de atribuir certo estado a duas pessoas de nacionalidade diferente. É o sistema da concordância.

Conforme verificamos oportunamente, as duas leis devem por esse sistema coordenar-se de tal maneira que uma das pessoas interessadas não possa pretender um estado que por sua lei não poderia ter, nem impor a outra um estado não admitido pela lei pessoal desta.

¹⁰⁶ CLOVIS BEVILAQUA, “Princípios Elementares de Direito Internacional Privado”, p. 326 (da 3ª edição, de 1938, encontrando-se o mesmo texto em sua primeira edição, de 1906, p. 238).

O professor português Machado Villela, estudando os princípios de nosso Código em matéria de direito internacional privado, pronuncia-se pelo sistema da concordância na apreciação da filiação legítima, e estranha que o nosso Clovis adote esse sistema quanto à legitimação, perfilhação e adoção, e o repila quanto à legitimidade.

Acreditamos também que não há razão para soluções diferentes. É fora de dúvida que se trata de atribuir tanto ao filho como ao pai um determinado estado: tão interessado é o pai em que se lhe não empreste a qualidade ou estado de genitor legítimo de um indivíduo por ele não procriado, como o filho em fazer reconhecido o seu estado de descendente do marido de sua mãe”¹⁰⁷.

Com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 a solução ficou bem mais fácil, pois dentro da família o domicílio é mais uniformizado do que a nacionalidade. Na conformidade do artigo 7º § 7º, o domicílio do pai se estende aos filhos. Não há, efetivamente, um dispositivo específico na LICC sobre o direito da filiação, mas é aceito que este está inserido nos “direitos de família” a que se refere o *caput* do artigo 7º¹⁰⁸.

Serpa Lopes escreveu:

“Destituída de interesse se torna a discutidíssima controversia, no direito anterior, sobre a preponderância da lei pessoal do

¹⁰⁷ Eduardo Espinola, “Elementos de Direito Internacional Privado” p. 551” e EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, “A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada”, vol. 2º., p. 397, nota (i). Observe-se a existência de outro critério, no Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideu, de 1940, cujos artigos 20 e 21 assim dispõem: “La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio. Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo”.

¹⁰⁸ Vide a este respeito Oscar Tenório, op. cit., p. 147, SERPA LOPES, “Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil”, vol. II, p. 254 e AMILCAR DE CASTRO, op. cit., p. 380.

*pai ou a do filho. Desaparecido o critério da lei nacional e, no do domicílio, tendo o filho legítimo o mesmo domicílio que o do pai, não há lugar para uma disputa sobre competência de leis pessoais diferentes*¹⁰⁹”.

Parece-nos que o círculo vicioso que se discutiu na França também pode ocorrer no regime domiciliar do nosso direito internacional privado, pois se há dúvida quanto à paternidade, à criança não pode ser atribuído o domicílio de quem talvez não seja seu pai. Em outras palavras, a filiação se rege pelo domicílio do pai, que se estende ao filho, mas o domicílio do filho, por extensão do domicílio do pai, depende da filiação, que é justamente o que se pretende determinar.

E mais ainda, considerando a repercussão da Lei 4.121/62 — Estatuto da Mulher Casada — sobre o parágrafo 7º do artigo 7º da lei introdutória, que elimina o monopólio do marido sobre a fixação domiciliar, e, principalmente, em hipótese de dúvida sobre a legitimidade da filiação, em que a criança estará, via de regra, com a mãe, podemos ter “disputa sobre competência de leis pessoais diferentes” — para usar a expressão de Serpa Lopes no texto transcrito — e ter que decidir entre a lei do local do domicílio do menor, i. e., domicílio da mãe e a lei do domicílio do pai, ou então decidir pela necessidade de concorrência de ambas as leis para aferir a legitimidade.

Legitimação — Quando nosso direito conflitual era regido pela lei nacional, os autores brasileiros estavam de acordo que a legitimação por subsequente matrimônio seria regulada conjuntamente pela lei do pai e pela do filho¹¹⁰, devendo-se apurar o disposto nestas legislações à época do casamento, ou seja, no momento em que se materializa a legitimação, e não à época do nascimento do filho¹¹¹.

109 Serpa Lopes, op. loc. cit.

110 CLOVIS BEVILAQUA, op. cit., p. 330 e EDUARDO ESPINOLA, op. cit. p. 555. Observe-se que Clovis fazia a filiação legítima depender exclusivamente da lei do filho mas em matéria de legitimação e de investigação de paternidade (vide adiante) exigia que se aplicasse conjuntamente a lei do pai e do filho.

111 Vide Clovis e Espinola, ops. locs. cit. e WILSON DE SOUZA CAMPOS

O Código Bustamante conjuga ambas leis em seu artigo 60 ao dispor que “a capacidade para legitimar rege-se pela lei pessoal do pai e a capacidade para ser legitimado pela lei pessoal do filho, requerendo a legitimação a concorrência das condições exigidas em ambas”¹¹², critério distributivo quanto à capacidade das partes, e critério cumulativo quanto aos requisitos.

No regime domiciliar, instituído em 1942 pela LICC, continuamos subordinados ao critério do Código Bustamante, devendo-se conjugar a lei do domicílio do pai com a lei do domicílio do filho, vigente à época do casamento (e não do nascimento)¹¹³. Esta solução é lógica, pois antes de legitimado, o filho não está juridicamente ligado ao pai, podendo, assim, ter domicílio diferente deste, daí a regra do código que supõe existirem duas leis pessoais — em nosso caso, leis dos dois domicílios — cujas leis terão influência sobre a legitimação.

Filiação Ilegítima — Tanto no reconhecimento voluntário como no reconhecimento forçado, via ação investigatória, a doutri-

BATALHA, op. cit., p. 61. SERPA LOPES, op. cit., p. 256 enumera três teorias a propósito da lei reguladora da legitimação: lei pessoal do pai no dia da celebração do casamento, lei do pai no dia do nascimento do filho e lei do lugar da celebração do casamento. A primeira teoria terá se inspirado em SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, vol. 8ª, p. 490: “... la légitimation par mariage subséquent se juge d'après la loi en vigueur à l'époque du mariage, sans égard aux lois postérieures ou à celles qui existent lors de la naissance de l'enfant”.

112 O Código Bustamante artigo 61 dispõe que “a proibição para legitimar filhos não simplesmente naturais é de ordem pública internacional”, o que não colide com o artigo anterior, pois se houver este tipo de vedação na lei do pai, terá que ser observada, mesmo se nada a respeito figurar na lei do filho, eis que se exige a submissão a ambas as leis. A rigor, o artigo 61 é prescindível. Poderia, eventualmente, ser interpretado como se referindo à hipótese de ação para declarar a legitimação de filho pelo casamento dos pais que se processa em 3º país, onde existe a proibição, que o Código qualifica como sendo de ordem pública, razão pela qual não vingaria o pedido. Já o artigo 62 dispõe que “as consequências da legitimação e a ação para a impugnar submetem-se à lei pessoal do filho”.

113 Vide EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, op. cit., p. 406. AMILCAR DE CASTRO, op. cit., p. 380, opta pela aplicação da lei do domicílio conjugal à data do nascimento da criança.

na brasileira, seguindo antiga doutrina francesa, entendia ser necessário observar conjuntamente a lei do pai e a lei do filho¹¹⁴.

Dispõe o Código Bustamante, artigo 63, que “a investigação da paternidade e da maternidade e a sua proibição regulam-se pelo direito territorial”.

Nem sempre se pode saber o que o Código de Havana pretende com “direito territorial”, pois este termo tanto pode se referir ao local da ocorrência do fato ou ato jurídico, como também ao local do processo judicial, i.e., *lex loci* ou *lex fori*. Aqui, parece-nos não haver dificuldade em interpretar o disposto como significando que a proibição de investigar paternidade ou maternidade constante na lei do foro, deverá ser respeitada, mesmo que a lei dos pais e/ou do filho permitam fazê-lo. O artigo estaria apenas determinando que a proibição da ação investigatória constante na lei do foro há de ser respeitada, por se tratar de matéria com conotação de ordem pública¹¹⁵.

Já quanto ao mérito da investigação — em jurisdição que admite esta medida judicial — o Código dispõe no artigo 64 que “*depen-*

dem da lei pessoal do filho as regras que indicam as condições do reconhecimento, obrigam a fazê-lo em certos casos, estabelecem as ações para esse efeito, concedem ou negam o nome e indicam as causas de nulidade”.

Esta já era a orientação da jurisprudência brasileira antes do Código Bustamante como veremos adiante.

Em matéria de filiação, havendo alteração do direito conflitual, assim como do direito substantivo — regras internas sobre a matéria — dever-se-á aplicar sempre a lei mais recente (na mesma linha da aplicação da lei vigente à época do casamento, e não à época do nascimento, em casos de legitimação), a não ser que a lei anterior seja mais benéfica ao estabelecimento da filiação. Este critério de aplicar a lei que favorece a filiação só não será considerado na remota hipótese em que o reconhecimento seja do interesse do genitor(a) e não da criança. Tudo deverá se operar em função do *favor infans*. Em se tratando de filho já maior, deve-se atentar para o princípio geral em favor da filiação, independente da idade do filho(a).

114 CLOVIS BEVILAQUA, op. cit., p. 329: “O que se disse do reconhecimento voluntário, tem aplicação ao forçado. Para que seja possível a investigação judiciária da paternidade, é preciso que a lei pessoal do pai e a do filho igualmente a admitam”. E acrescenta: “Se acordes no essencial, que é o reconhecimento litigioso, divergem quanto aos modos de estabelecer a filiação, cumpre dar predominância à lei pessoal do filho, porque é o seu estado que se tem de determinar e com o estado as suas condições de vida”. Bevilacqua invoca lições de André Weiss, Franz Despagnet e Vareilles Sommières, clássicos da doutrina francesa de DIP do final do século XIX e início do século XX. No mesmo sentido EDUARDO ESPINOLA, “Elementos ...”, p. 562: “Quando tenham lei pessoal diferente o pai e o filho, cumpre que o fundamento da ação de investigação seja autorizado por ambas, para que possa ser ela intentada”. HAROLDO VALLADÃO, “Estudos de Direito Internacional Privado”, pp. 160/1 classificava a doutrina relativa ao reconhecimento de filiação natural em cinco correntes: A) lei nacional do pai; B) lei nacional do pai e lei nacional do filho combinadas ou cumuladas; C) lei nacional do filho; D) lei mais favorável ao filho e E) *lex fori*.

115 Neste sentido o entendimento de EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, “Lei de Introdução ...” vol. 2, pp. 420/1. Entendo que o artigo 66 decorre do artigo 63, quando dispõe: “A forma e circunstâncias do reconhecimento dos filhos ilegítimos subordinam-se ao direito territorial”. Haroldo Valladão, op. cit., p. 161, diz que “o Código Bustamante ... não foi muito preciso, no assunto, ...”.

Jurisprudência Brasileira

Em inúmeras ações de investigação de paternidade movidas sob a égide da Introdução ao Código Civil, em que as questões de família eram regidas pela lei da nacionalidade, sendo os filhos-autores brasileiros e os réus-genitores, portugueses, os tribunais, inclusive a Suprema Corte, observaram que não se verificava conflito de leis, eis que ambas as legislações, a portuguesa e a brasileira, já admitiam a ação investigatória de paternidade, ocorrendo ligeiras diferenças entre as regras de ambos sistemas jurídicos, sem maior relevância para as causas¹¹⁶.

116 Sentença do Juiz Raul de Souza Martins, de 3 de agosto de 1917, Revista Forense, 28/304; Apelação Cível nº 6.678, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 1937, Arquivo Judiciário, 45/93; Apelação Cível nº 8.102, julgada em 1940 pelo Tribunal de Apelação do (então) Distrito Federal, Revista dos Tribunais, 132/697; Apelação Cível nº 5, julgada em 1941 pelo mesmo tribunal, Revista dos Tribunais, 136/280; Apelação Cível nº 9.496, julgada em 1941 pelo

Já em hipóteses de pai italiano e filho(a) brasileiro(a), configurava-se conflito entre as duas legislações, pois a lei italiana inadmitia ação investigatória a não ser em caso de rapto e estupro contemporâneos à concepção, tornando-se necessário, nos casos comuns, decidir qual das duas leis governaria a ação de investigação de paternidade.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou esta questão em 1934, em ação de investigação de paternidade movida por três brasileiros, menores, contra o herdeiro testamentário de cidadão italiano que vivera 25 anos com a mãe dos autores e os reconhecera como seus filhos, em que o juiz de 1ª instância colocou que, quando o artigo 8º da Introdução ao Código Civil dispôs que “a lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família ...”, não diz a qual das pessoas é feita a referência — se é à pessoa do pai, se é à do filho, ou se a ambos, deixando assim a porta aberta à discussão”¹¹⁷.

A Corte Suprema confirmou a sentença, que optara pela

Tribunal do (então) Distrito Federal, Arquivo Judiciário 62/291; Apelação Cível nº 3.927, julgada em 1942 pelo Tribunal de Justiça do (antigo) Estado do Rio de Janeiro, Arquivo Judiciário 62/461.

Diversa a situação na investigatória de maternidade adulterina, quando em vigor a proibição do artigo 358 do Código Civil, como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 2.970, julgado em 1958, em que a Suprema Corte rejeitou aplicar a lei portuguesa, que autorizava o reconhecimento da filiação adulterina. Tratava-se de uma menina, filha de português solteiro e de portuguesa casada, nascida à época em que se aplicava a lei da nacionalidade, porque, decidiu a Suprema Corte, a aplicação desta norma estrangeira seria atentatória à ordem pública brasileira. RTJ 7.66. O fundamento do acórdão foi de que “quando do registro da menor em causa, vigia o art. 358 do Código Civil, que não admitia o reconhecimento de filhos incestuosos ou adulterinos. Tratava-se de norma legal de ordem pública, insuscetível de ser desconhecida ou posta à margem pelo estatuto penal”. Id., p. 70. Se a vedação vigia à época do registro da criança, mas não mais à época do julgamento, a boa técnica de direito internacional privado comandaria que não mais se recorresse ao princípio da ordem pública para rejeitar a aplicação da lei da nacionalidade. É a característica da contemporaneidade em matéria de ordem pública internacional. Vide capítulo sobre Ordem Pública na minha Parte Geral.

117 Apelação Cível nº 4.644, Arquivo Judiciário 56/102.

aplicação da lei nacional do filho. Primeiramente, foi apresentado o argumento de que se trata de regular o estado de filho, envolvendo a causa um direito pessoal seu, cuja tutela não pode deixar de caber à lei de sua nacionalidade, máxime quando no território desta foi praticado o ato, do qual o direito em questão é uma consequência jurídica. O Ministro Relator, Arthur Ribeiro, ponderou que a relação de filiação envolve a da paternidade, e o que é uma relação de filiação quanto ao filho é uma relação de paternidade quanto ao pai, tratando-se, assim, de um laço entre duas pessoas, em que cada um tem o seu estatuto, não se podendo dizer que o estatuto do filho deve ficar acima do estatuto do pai. O contrário, diz o tratadista belga Laurent, seria mais lógico, ou seja, que a criança deva seguir a condição do pai e que, conseqüentemente, filho e pai seriam um só. Mas, a final o Ministro Relator, acompanhado pela Corte, optou pelo argumento original, entendendo que a ação visa justamente forçar o pai a reconhecer as consequências jurídicas de seu ato voluntário, devendo-se aplicar a lei do filho.

A questão foi igualmente examinada pelo ângulo do direito sucessório, eis que a ação também visava a declaração de que os autores eram universais herdeiros do “de cujus”. A lei brasileira, artigo 14 da Introdução ao Código Civil, determinava para a sucessão a aplicação da lei nacional do falecido, abrindo, contudo, exceção para o caso do *de cujus* ter sido casado com mulher brasileira ou ter deixado filhos brasileiros, hipóteses em que o direito sucessório seria regido pela lei brasileira. Assim, a aplicação da lei brasileira para o aspecto sucessório da questão era regra explícita do direito internacional privado brasileiro da época. A escolha pela lei do filho foi reforçada no voto dos Ministros Bento Faria e Eduardo Espínola com fundamento no artigo 64 do Código Bustamante.

O Ministro Espínola reconhecia em seu voto que o Código Bustamante não é fonte direta, pois que não rege as relações jurídicas entre o Brasil e todos os países, mas como rege um grande número de países da América, deve ser aceito como fonte indireta, como subsídio de caráter doutrinário, para suprir lacuna ou omissão do direito internacional privado como

regulado pela lei civil brasileira¹¹⁸. O argumento da lei sucessória foi ampliado pelo Ministro Espínola com base no dispositivo constitucional correspondente¹¹⁹. O ministro desenvolveu então o raciocínio de que o benefício constitucional estabelecido para o direito sucessório deve levar a uma interpretação idêntica da lei civil sobre investigação de paternidade, ou seja, beneficiadora do filho brasileiro¹²⁰.

No regime domiciliar instituído pela LICC, antes do reconhecimento voluntário ou forçado da filiação, pai e filho podem ter domicílios diversos, regidos por regras conflitantes em matéria de reconhecimento de filiação ilegítima e de ação investigatória, devendo-se reger o reconhecimento, tanto voluntário quanto forçado, pela lei do filho em lhe sendo esta mais favorável. Serpa Lopes¹²¹ assim resume o direito internacional privado brasileiro nesta questão:

118 Id, p. 111.

119 A Constituição de 1934 no artigo 134 dispunha: “A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do de cujus”. Com ligeiras alterações esta norma figura em todas as Constituições que se seguiram.

120 A manifestação do Ministro Espínola foi a seguinte: “Pode-se dizer que pelo menos o intuito, o espírito da lei favorecendo neste caso o filho, determinaria disposição idêntica ou pelo menos deveria determinar uma interpretação da lei civil para solução mais ou menos idêntica, em matéria de investigação de paternidade. Vide no mesmo sentido julgamento do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, de 1937, nos Embargos nº 104, Revista Forense, 73/380. Seria esta linha de argumentação precursora da moderna doutrina que estuda a constitucionalização do direito civil? A influência da Constituição de 1988 sobre o direito civil, especificamente sobre o direito de família, tem sido amplamente discutida e divulgada por MARIA CELINA BODIN DE MORAES, em vários trabalhos, entre os quais “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in Direito, Estado e Sociedade, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 1, pp. 33 e ss., e GUSTAVO TEPEDINO, também com vários trabalhos sobre a matéria, entre os quais “A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional”, in RODRIGO CUNHA PEREIRA, “Direito de Família Contemporâneo”, pp. 547 e ss.

121 SERPA LOPES, op. cit., p. 260.

“Divergindo em face de domicílios diversos, a lei pessoal do pai e a do filho, deverá prevalecer a deste, se for mais favorável”¹²².

Esta colocação coincide com a antiga jurisprudência brasileira, no regime da Introdução original do Código Civil, que aplicava a lei do filho, quando conflitante com a do pai, sempre que nossa lei admitisse a investigação, enquanto a lei do pai a vedasse.

Mas a doutrina não é pacífica, pois os Espinola, pai e filho, mantendo a posição advogada pelo primeiro na época da Introdução ao Código Civil de 1916, também no regime da LICC de 1942 entendem que:

“a admissibilidade da ação de investigação da paternidade ilegítima é regulada pela lei do domicílio das pessoas interessadas; se for diverso, do domicílio do pretense pai, o do presumido filho(sic), a ação só poderá ser intentada, sendo autorizada por ambas as leis”¹²³

enquanto Amilcar de Castro opta pela aplicação da lei domiciliar do pai ou da mãe¹²⁴.

Não conhecemos jurisprudência que tivesse enfrentado conflito entre lei domiciliar dos pais e lei domiciliar dos filhos em matéria de filiação.

O Caso Cantuária Guimarães

Este caso foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 1940, em grau de embargos opostos a acórdão pro-

122 Esta também a posição de HAROLDO VALLADÃO, “Direito Internacional Privado”, II, p. 140. Sobre aplicação da lei mais benéfica ao filho; vide a jurisprudência de vários tribunais estaduais relatada por este autor à p. 139, todos ainda sob regime da anterior Introdução ao Código Civil.

123 ESPINOLA e ESPINOLA, “A Lei de Introdução ...”, vol. II, p. 424. O texto não prima pela clareza. A edição “atualizada” por Silva Pacheco, que nada atualizou, manteve o mesmo texto. A posição do ilustre Espinola nesta passagem xxx conflitar com a tese que sustentou na AC nº 4.644, nota 117 supra.

124 AMILCAR DE CASTRO, op. cit. p. 382.

ferido pela Corte em recurso extraordinário, que fora julgado no ano anterior¹²⁵.

O comandante Antonio Sabino Cantuária Guimarães era oficial da Marinha de Guerra do Brasil, esteve no Paraguai durante o ano de 1912 a serviço do governo brasileiro, tendo falecido em 1927.

Dois anos após sua morte uma ação de investigação de paternidade foi movida contra seus herdeiros por dois menores paraguaios, uma menina e um menino, ambos alegando que durante sua estada no Paraguai, o comandante manteve relações sexuais com suas respectivas genitoras, sendo os autores frutos destas relações. A ação ficou paralisada durante alguns anos, tendo prosseguimento em 1934.

À época vigia no Brasil o regime da lei da nacionalidade para reger a capacidade e as questões de família. Se os autores fossem considerados nacionais paraguaios — *ius soli* — não teriam direito à ação, pois que a lei de seu país vedava a investigação de paternidade após o falecimento do investigando, se não tivesse havido em vida a posse do estado de filiação, o que, efetivamente, não houve. Mas, se tivessem razão no mérito, ou seja, se realmente fossem filhos de Cantuária Guimarães, então, de acordo com o artigo 69 da Constituição vigente à época de seus nascimentos, seriam brasileiros, por serem filhos de pai brasileiro a serviço do Brasil em outro país¹²⁶, e, pela lei brasileira a ação investigatória era cabível.

A ação foi julgada procedente nas primeiras duas instâncias, mas, interposto recurso extraordinário pelos réus, conseguiram reformar as decisões da justiça local, sendo os autores julgados carecedores da ação de investigação de paternidade.

Destacam-se entre as razões do Relator, Ministro Espínola, sua interpretação do texto constitucional sobre a nacionalidade brasileira de filhos de brasileiros a serviço da República, como aplicável somente a filhos legítimos e não a filhos havidos extramaritalmente, entendendo que a exceção não decorria do *ius sanguinis*, mas do princípio que estende o território brasileiro ao edifício em que reside o representante do governo no exterior¹²⁷, e esta extensão não se faz à casa da concubina.

Independentemente deste argumento, o Ministro Espínola não aceitava o raciocínio de que, se vingasse a ação, as crianças seriam brasileiras e não paraguaias, daí regidas pelo direito brasileiro que dava direito à ação investigatória. A qualidade de brasileiro, para o Relator, só poderia ocorrer como consequência do julgamento da ação, mas não como causa para a mesma. “*Antes do reconhecimento em virtude do caso julgado, os autores se apresentam como pessoas nascidas no Paraguai, filhos ilegítimos de mães paraguaias. A sua lei nacional é, por força do princípio geral de jus soli, a lei paraguaia*”.

Prosegue o voto invocando o Código Bustamante, que mesmo em não sendo aplicável às relações Brasil-Paraguai, por falta de ratificação por este país, tem valor doutrinário, prescrevendo seu artigo 64 que o reconhecimento da filiação é regido pela lei do filho — este também sendo o entendimento de Clovis Bevilacqua — e a lei paraguaia da época não admitia este tipo de ação depois de morto o pretense pai, em não tendo os pretendentes à filiação gozado da posse do estado de filhos.

No julgamento dos embargos interpostos ao acórdão por

125 Recurso extraordinário nº 2.659. O acórdão do RE encontra-se na Revista dos Tribunais 118/766 e o acórdão dos Embargos, no Arquivo Judiciário 59/362.

126 Era a seguinte a regra do artigo 69 da Constituição de 1891: “São cidadãos brasileiros: 1º) Os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação; 2º) Os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio no Brasil; 3º) Os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se”

127 O Ministro Espínola invoca Carlos Maximiliano, em seu comentário ao artigo 69, onde observa que “o n. 3 reafirma um preceito de direito internacional: o edifício da legação em Paris é juridicamente um trecho do território brasileiro; nascendo ali o filho do diplomata, adquire como pátria a do seu pai”. E Espínola prossegue em seu voto: “Em primeiro lugar, porque da razão fundamental desse dispositivo, o que resulta é que só aproveita à prole legítima do brasileiro a serviço de seu país, aos filhos havidos no lar conjugal, na casa de residência (ainda que o parto se verifique em casa de saúde ou maternidade). ... Ora, seria absurdo alargar esse princípio para nele compreender as casas em que o diplomata ou representante de um país em outro mantenha suas concubinas”.

um dos dois autores da ação, que, segundo ficara estabelecido na 1ª instância, conseguira comprovar o concubinato de sua genitora com Cantuária Guimarães, o Ministro Octavio Kelly declarou que não aceitava a distinção entre filhos decorrentes de justas núpcias e aqueles outros resultantes de relação concubinária: ambos deveriam ser considerados com direito à nacionalidade brasileira. Segundo o Ministro Carvalho Mourão, que acompanhou o voto do Ministro Kelly, a regra do artigo 69, n. III se baseava no *ius sanguinis* que figurava no texto constitucional como exceção à regra do *ius soli*, abrangendo, portanto, qualquer espécie de filiação, dizendo:

“Não penso que o filho de brasileiro nascido no estrangeiro, quando o pai esteja a serviço do país, tenha a nacionalidade brasileira em virtude do princípio da extraterritorialidade, tanto assim que a Constituição não declara brasileiros apenas os filhos de brasileiros que desempenhem funções de representação diplomática, muito menos só os que tenham nascido na legação. Aliás, essa ficção de extraterritorialidade de legações já está, parece-me, fora das modernas concepções do Direito Internacional.

Entretanto, como dizia, o dispositivo constitucional não se refere só a filhos de representantes que tenham essa imunidade, nem somente a filhos nascidos na legação. Nascidos em qualquer lugar, os filhos de qualquer brasileiro a serviço no estrangeiro estão compreendidos no texto constitucional”.

Quanto ao círculo vicioso de causa/consequência, o Ministro Carvalho Mourão, qualificando o caso de “muito interessante”, assim o solucionou:

“Se (o filho) não foi reconhecido, mas está em condições de obter sentença em ação de investigação de paternidade natural, a sentença deve conferir-lhe também a nacionalidade brasileira, que resulta do fato de ter sangue brasileiro”.

Em outras palavras, por ser potencialmente brasileiro, tinha o filho o direito de invocar o direito brasileiro para pleitear a investigação de paternidade, que, em lhe sendo favorável, lhe concederia concomitantemente a filiação e a nacionalidade

O Supremo Tribunal Federal teve algumas oportunidades de examinar sentenças estrangeiras que julgaram favoravelmente ações de investigação de paternidade. Quando reconhecida a competência da corte estrangeira, colocava-se a dúvida se tais decisões poderiam ser homologadas, ou se deveriam ser rejeitadas por ofensa à ordem pública, uma vez que nossa legislação da época vedava esta ação¹²⁸.

A primeira decisão de que temos notícia é a homologação nº 336, julgada em 1902¹²⁹, contendo o parecer de Epitácio Pessoa, como Procurador Geral da República, em que, depois de declarar que “*não há dúvida que a lei que proíbe a indagação da paternidade é uma lei de ordem pública, e por isto não seria admissível entre nós uma ação dessa natureza mesmo contra um estrangeiro cuja lei pessoal a autorizasse*”, enuncia as razões que justificam a homologação da sentença estrangeira concessiva da investigação de paternidade, das quais pinçamos algumas passagens:

“Mas, se o processo da investigação é intentado em país estrangeiro, se ele se inicia e se conclui fora do Brasil, sem escândalo, nem ataque à paz da família brasileira, já nenhum motivo de ordem pública se opõe, a meu ver, a que ele produza efeitos aqui.

A sentença neste caso equivale, como diz Laurent, ao reconhecimento voluntário, é uma simples prova da filiação paterna,

128 O artigo 358 do Código Civil brasileiro dispunha que “*Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos*”. Theotonio Negrão em seu código anotado indica que este dispositivo foi expressamente revogado pela Lei 7.841 de 17.10.1989. A evolução do direito brasileiro sobre filhos ilegítimos é analisada por RICARDO CESAR PEREIRA LIRA, “Breve estudo sobre as entidades familiares”, em “A Nova Família: Problemas e Perspectivas” organizado por VICENTE BARRETTO.

129 Homologação nº 336, O Direito vol. 90 (1903), p. 16 e RODRIGO OCTAVIO, “Dicionário de Direito Internacional Privado”, p. 185, 186.

e esta prova se rege pelo estatuto pessoal e deve ser admitida como se admitem os atos do registro civil ou qualquer outra que ateste o estado das pessoas”.

O Supremo Tribunal Federal aceitou a fundamentação do Parecer de Epitácio Pessoa e homologou a sentença portuguesa, lendo-se entre outros, os seguintes argumentos:

“Nunca seria suscetível de produzir escândalo entre as famílias brasileiras esta ação movida e julgada em Portugal, entre portugueses, oriunda e ostensiva de fatos lá ocorridos;

Se a disposição do art. 12 § 4º, letra b, n. 2, da Lei n. 221, obstasse à homologação pretendida, por se entender que a sentença portuguesa ofendia a ordem ou o direito público interno da República, então seriam igualmente rejeitados de nossos tribunais, tanto no processo de homologação quanto em todos os feitos, os registros ou certidões de casamentos celebrados por estrangeiros católicos fora da República, pela forma estabelecida na igreja católica; isto é tais casamentos não existiriam mais aqui diante da lei das leis, nem para os cônjuges, nem para os filhos nascidos ou nascituros”.

Refere-se a Corte à lei brasileira de 1890 que exigia o casamento civil, não reconhecendo validade jurídica ao casamento religioso. É um tanto forçada a comparação do casamento religioso de católicos no exterior com a investigação de paternidade julgada alhures. A conotação de ordem pública seria muito mais forte na segunda hipótese, haja vista que até 1890 aceitava-se no Brasil o casamento religioso.

Em todo caso, a colocação do parecer, aceito pela Corte, coincide com a tese que Clovis Bevilacqua apresentou no Congresso Jurídico Americano, reunido no Rio de Janeiro em 1900, sobre o reconhecimento no Brasil de divórcios decretados no exterior, em que fez a clássica distinção entre a aplicação direta de leis estrangeiras incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro e o princípio dos direitos adquiridos no exterior, sob a égide de outros sistemas jurídicos, cujos efeitos devem ser respeitados pelo direito brasileiro¹³⁰.

¹³⁰ Vide o tomo I desta obra, “Casamento e Divórcio”, p. 204.

Esta posição não foi mantida consistentemente pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode observar da Homologação nº 676, julgada em 1914¹³¹, em cujo acórdão se lê:

“Se a incompetência da justiça portuguesa (a ré era domiciliada no Brasil) não estivesse ainda claramente patenteada, bastaria a circunstância de versarem os mencionados julgados sobre investigação de paternidade ilegítima para que não pudessem ser concedida a homologação, repelida, como é, em nosso direito, essa investigação, por contrária à moral pública, como observa T. de Freitas e no intuito de evitar perigos e escândalos que surgiriam de ações baseadas em provas de paternidade outras que não as que permitem as leis patrias”¹³².

A competência internacional de tribunais estrangeiros para julgar investigações de paternidade em que os réus estão domiciliados no Brasil é matéria estritamente processual e deve seguir as regras estabelecidas na Lei de Introdução ao Código Civil e no Código de Processo Civil, como interpretados pela jurisprudência.

Se o réu, mesmo citado adequadamente segundo a lei brasileira, não ocorre ao juízo estrangeiro para se defender, e, requerida a homologação da sentença estrangeira, impugna-a com fundamento na incompetência do juízo estrangeiro, não deverá ser deferida a homologação, na conformidade das regras processuais. Assim foi decidido na homologação de uma sentença estrangeira prolatada por juiz de Angola, em que o réu, domiciliado no Brasil, não

¹³¹ Homologação nº 676, Revista Forense 75/89 e Rodrigo Octavio, op. cit. p. 179.

¹³² Vide parecer do Procurador Geral da República, Gabriel de Rezende Passos, de 1938, Revista Forense 77/257, em que opina contra a homologação de sentença portuguesa de investigação de paternidade, por considerar incompetente a justiça estrangeira uma vez que duas rés eram domiciliadas no Brasil. Não fora isto, afirma o parecer, teria opinado pelo deferimento da homologação. Mas vide acórdão do Tribunal de Justiça do (então) Distrito Federal, em sua composição plena, na ação rescisória nº 129, julgada em 1936, Revista Forense 68/113: “Não produz efeito entre nós o reconhecimento de filhos adúlteros de estrangeiros, a despeito de tolerância de suas leis nacionais, por ofensa à ordem pública”.

compareceu e, ao ser requerida a homologação, opôs-se à sua concessão¹³³.

Já em uma homologação de sentença portuguesa, em que o réu, domiciliado no Brasil, compareceu e contestou a ação no juízo estrangeiro, seguiu a Corte sua tranqüila jurisprudência no sentido de que a competência do foro brasileiro é renunciável, homologando a sentença estrangeira¹³⁴.

Em ambos os casos também se discutiu as conseqüências imobiliárias/sucessórias do pedido de investigação de paternidade: tanto no caso da sentença portuguesa (ainda no regime do anterior código processual)¹³⁵ como no caso da sentença angolana, ficando assinalada a distinção entre a parte da investigação de paternidade da outra relativa à petição de herança, só se admitindo a homologação da decisão investigatória e não da parte que versa a herança¹³⁶.

Em matéria de Carta Rogatória citatória relacionada a uma ação de investigação de paternidade proposta no estrangeiro, em que o citando, domiciliado no Brasil, impugnou o “*exequatur*”, sustentando que não se submetia à jurisdição estrangeira, o Supremo Tribunal Federal decidiu, como o faz em todas as hipóteses semelhantes no sentido de que:

*“não se tratando de qualquer das hipóteses de competência absoluta da Justiça brasileira (art. 89 e seus incisos do CPC) mas sim, da competência relativa, como a que decorre do disposto no art. 88 e seus incisos (ação investigatória de paternidade proposta no estrangeiro, com réu domiciliado no Brasil), a possibilidade de o interessado não aceitar a jurisdição estrangeira, não impede a concessão do exequatur para sua citação”*¹³⁷.

133 SE nº 2.227, julgada em 1975, RTJ 74/336.

134 SE nº 1.649, julgada em 1958, “Sentenças Estrangeiras”, p. 323. A renunciabilidade do foro nacional a favor do foro estrangeiro tem longa tradição no Supremo: vide Homologação de Sentença Estrangeira nº 778, julgada em 1929, Rodrigo Octavio, op. cit., p. 181, relativa a matéria de investigação de paternidade, em que foi decidido que, “*Em ação proposta em Portugal contra pessoas domiciliadas no Brasil dá-se prorrogação de jurisdição, se o réu, ao em vez de excepcionar o Juízo, juntar procuração e defender-se na causa*”.

135 “Sentenças Estrangeiras”, p. 325.

136 RTJ 74/338.

137 CR nº 5.743 (AgRg), julgado em 1993, RT 699/221.

O Exame de DNA nos Tribunais Brasileiros

A submissão ao exame do DNA para provar negativa de paternidade é matéria controversa em nossos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro confirmou sentença da instância original que, em julgamento antecipado, decidiu pela carência da ação, não permitindo a realização da prova genética e hematológica. Disse a Corte de Apelação:

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338) só se pode contestar, provando-se uma das condições previstas no art. 340, I e II, do Código Civil. Se o marido, ao contrário, coabitou com a mulher no período da concepção e veio até a registrar, como seu, o filho, a negatória da paternidade legítima torna-se juridicamente impossível, não bastando o adultério nem a confissão da mulher para ilidir a presunção legal de legitimidade e excluir a paternidade (arts. 343 a 346).

Esta decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, julgado que a ação deveria prosseguir com colheita de provas, e lendo-se na ementa:

Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas, em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

O STJ revelou sua posição com muita clareza, fazendo questão de se posicionar a favor da aceitação das modernas técnicas da ciência, dizendo:

O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família prestigiado pelo constituinte de 1988 busca adequar-se.

Um aspecto especialmente interessante neste julgamento é o pronunciamento do Subprocurador Geral da República que,

em seu parecer, reproduzido no acórdão, entre outras, teceu a seguinte consideração:

A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226 § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227).

Saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

*Não é, pois, o interesse do autor recorrente mas, sobretudo, o direito da menor que se acha em jogo nestes autos*¹³⁸.

A peculiaridade contida neste linha de argumentação é de que o direito da criança de conhecer sua paternidade é voltado para a investigação da paternidade no sentido positivo, ou seja a busca da confirmação de quem seja seu pai. Aqui o argumento foi utilizado para uma iniciativa contrária, que visava retirar-lhe o pai que acreditava ter até aquele momento, sem que necessariamente ficasse sabendo quem é seu verdadeiro pai, o que realmente é uma extensão estranha do direito da criança.

Outra decisão da mesma corte decidiu que

“Nos tempos atuais não se justifica que a contestação da paternidade pelo marido dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a

*ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação”*¹³⁹

De qualquer forma, a decisão da alta corte federal brasileira revela sua franca aceitação da prova científica para derrubar uma suposta paternidade, o que indica nossa posição dentro do concerto internacional, onde, como já vimos, não reina unanimidade a respeito da matéria, havendo jurisdições que não admitem que a prova científica supere a presunção jurídica.

E, principalmente, a extensão dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao direito da criança de conhecer a verdade sobre sua origem, constitui interessante inovação neste tema que vem interessando a doutrina e ocupando os tribunais de muitos países.

138 Recurso Especial nº 4.987, julgado em 4 de junho de 1991 pela 4ª Turma do Tribunal, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, publicado em 28 de outubro de 1991. Esta decisão em nada é contraditada pelo julgamento do recurso especial nº 107.248, julgado em 7 de maio de 1998, pela 3ª Turma, que não admitiu prosseguimento de ação negativa de paternidade, em que se pretendia produzir a prova científica, pois neste caso havia coisa julgada a favor da paternidade, obstáculo que o tribunal entendeu intransponível à nova ação. Ambas decisões aqui referidas encontram-se em seu inteiro teor nos arquivos do autor.

139 Recurso Especial nº 146.548, julgado pela 4ª. Turma do Tribunal Superior de Justiça, em 29 de agosto de 2000, Relator para o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 5 de março de 2001, p. 167. No mesmo sentido Recurso Especial nº 157.879, publicado no DJ de 16 de agosto de 1999, p. 73 e Recurso Especial nº 194.866, publicado no DJ de 14 de junho de 1999, p. 188.