


VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais
Coimbra 16, 17 e 18 de Setembro de 2004

Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra
Colégio de S. Jerónimo, Apartado 3087 · 3001-401 Coimbra, Portugal
Telef +351 239 85 55 70 Fax + 351 239 85 55 89

A
QUESTÃO
SOCIAL
NO NOVO
MILÉNIO

email lusoafrobrasileiro@ces.uc.pt
url <http://www.ces.uc.pt/LAB2004>

REPENSANDO A PATERNIDADE:

O papel da afetividade na busca da verdade em matéria de filiação

*Paula de Castro Diniz**

1. Introdução

Às vésperas da promulgação do Código Civil brasileiro de 2002, o Professor João Baptista Villela escreveu uma peça de teatro, em que busca mostrar um cenário possível em face do artigo 1601 daquele diploma legal, que torna imprescritível a ação de contestação da paternidade movida pelo marido em face dos filhos de sua mulher (VILLELA, 2001). No prólogo, o autor afirma que aquela situação poderia ser vivida em qualquer cidade do país e que, embora as personagens sejam fictícias, bem que poderiam ser reais.

A peça narra a história de Mafalda, uma mulher casada que, num momento de crise conjugal, se envolveu com outro homem. Após contar toda a verdade a Diogo, seu marido, e reconciliar-se com ele, o casal descobre que ela estava grávida. Mesmo sabendo que não tinha

* Esse trabalho tem origem na monografia “Filiação biológica x filiação sócio-afetiva: a busca pela verdadeira paternidade”, desenvolvida sob orientação da Professora Lúcia Massara e apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

gerado o menino, Diogo resolve assumi-lo como filho. Trata-o com amor, faz-lhe companhia, dispensa-lhe atenção e o educa, recebendo carinho e respeito do filho. Passados mais de trinta anos, Diogo, tomando conhecimento dos progressos da biociência, começa a não se reconhecer mais como pai de Marcelo. Orientado por um advogado, decide entrar com uma ação de contestação da paternidade. Diante da imperatividade da prova do DNA, científica e inquestionável, a ação é considerada procedente e a paternidade desconstituída.

A família, antes unida e saudável, entra em decomposição. O afeto antes partilhado, transforma-se em sentimentos de culpa, rancor, desprezo. O pai, deprimido, suicida-se; o filho vê-se desestruturado emocionalmente.

O conflito vivido por Diogo representa uma contraposição entre a voz do sangue e a voz do coração, trazendo à tona uma relevante discussão com que nos deparamos na atualidade: o que é ser pai?

A paternidade pode apresentar distintas faces. A paternidade jurídica, que é aquela imposta pela lei. A paternidade biológica, que deriva da identificação genética entre pai e filho. E a paternidade sócio-afetiva, que se revela na convivência e no elo afetivo que os une.

Contudo, diante da complexidade das relações familiares, nem sempre essas três faces encontram-se interligadas. Às vezes, há a paternidade jurídica, mas não há a biológica. Outras vezes, há a paternidade biológica dissociada da paternidade sócio-afetiva, ou esta última está presente sem existir a paternidade jurídica.

Diante disso, surge a difícil tarefa de se estabelecer qual desses modelos de filiação deve prevalecer, ou seja, qual seria a verdadeira paternidade. No âmbito da Ciência do Direito, a questão se coloca à medida que, constantemente, pais e filhos procuram o Judiciário para solucionar conflitos relacionados à determinação da paternidade. Em alguns casos, trata-se de pessoas que, não possuindo um pai registrado no seu assento de nascimento, buscam o seu reconhecimento. Em outros, é o próprio pai que consta no registro de nascimento que busca a desconstituição da paternidade, visando a perder a condição de pai registral, por não ser o pai biológico.

Não temos notícia de quantos desses casos são levados à apreciação do Judiciário no Brasil, seja para investigar ou para contestar a paternidade, mas, em reportagem publicada em 18/06/2002, a Gazeta Mercantil informa que, no ano de 2001, os testes de reconhecimento de DNA no país atingiram 42 mil procedimentos, dos quais cerca de 65% corresponderam a exames de paternidade. Destes, 70% foram utilizados como meio de prova em processos judiciais (AREDES, 2002).

Além das implicações jurídicas que emanam das decisões proferidas nessas ações, tais processos deixam marcas emocionais profundas na vida das partes. Na maioria das vezes, a sentença apenas põe fim ao processo, mas não ao conflito.

Por essas e outras razões, assume fundamental importância a determinação de um conceito de paternidade que permita à Justiça solucionar os conflitos de uma maneira que melhor atenda aos interesses das partes, apaziguando também sua alma.

No entanto, os estudiosos e operadores do Direito vêm tomando consciência de que é impossível formular um critério que atenda aos novos contextos sócio-culturais e históricos, tomando por base apenas elementos da ciência jurídica.

Descobertas da Ciência permitem, hoje, uma certeza nunca antes imaginada na determinação da descendência genética, criando a impressão de que o critério biológico seria o único meio seguro para se chegar à verdade em matéria de filiação. Paralelamente, a família passou a ser reconhecida como um grupo de companheirismo, fundado essencialmente nos laços de solidariedade e de afeto, o que vem provocando um repensar da condição e do sentido da paternidade.

Em face disso, afigura-se impossível partir em busca de uma verdade em matéria de filiação, sem antes estabelecer um diálogo com campos como o da Sociologia da Família, da Sociologia do Direito, da Antropologia, da História Social, da Biologia e da Psicologia.

Mediante tais considerações, buscamos aqui analisar o papel que cada uma daquelas três faces possuem na identificação dos vínculos familiares, buscando um critério justo e seguro que possibilite o encontro com a verdade em matéria de filiação e nos permita contribuir para a reformulação do conceito jurídico de paternidade.

2. A verdade jurídica

No Brasil, durante muito tempo, estudiosos e operadores do Direito não precisaram se preocupar em encontrar um conceito de paternidade que coincidissem com a “verdade”. No sistema de filiação do Código Civil brasileiro de 1916, se o filho era nascido na constância do casamento, em decorrência da presunção do direito romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*, o pai era o marido da mãe, uma vez que, com a existência do vínculo matrimonial, pressupõe-se a ocorrência de relações sexuais entre os cônjuges e a fidelidade da mulher.

Embora tal presunção pudesse ser ilidida por meio da ação de contestação da paternidade, esta só poderia ser ajuizada pelo próprio marido, em um prazo exíguo e em hipóteses restritas, enumeradas pelo legislador.

No que concerne aos filhos denominados ilegítimos, nascidos de relações extramatrimoniais, como a lei não dispunha de qualquer dado seguro para identificar quem era o provável pai biológico, a determinação da paternidade se dava por meio do reconhecimento, que poderia ser voluntário ou judicial.

Mas somente poderiam ser reconhecidos os filhos naturais, isto é, os filhos de pessoas que, embora não estivessem ligadas pelo vínculo matrimonial, à época da concepção, não possuíam qualquer impedimento para se casarem (não tinham elos de parentesco, nem eram casadas com terceiros).

Já os filhos espúrios, por descenderem de pessoas impedidas de se casarem, não poderiam ser reconhecidos, nem demandar seu reconhecimento por meio da ação de investigação da paternidade, em hipótese alguma.

Constata-se que o legislador organizou um sistema rígido, limitando as possibilidades de contestação da paternidade dos filhos legítimos, e impedindo ou dificultando o reconhecimento dos ilegítimos. Conseqüentemente, muitas vezes a paternidade presumida não passava de mera ficção, sendo o pai, na verdade, outro homem que não o marido da mãe. Por outro lado, um número expressivo de filhos oriundos de relações extramatrimoniais não tinha sequer uma paternidade declarada.

Embora pudesse coincidir a descendência genética com a concepção do direito, nem sempre isso ocorria, prevalecendo, em qualquer caso, a verdade jurídica. Pai era aquele que o sistema jurídico definia como tal.

A razão disso é que a determinação jurídica da paternidade, nesse sistema, atendia a interesses alheios à filiação. A defesa da família fundada no matrimônio e a supremacia da autoridade paternal foram colocadas num plano superior, e a necessidade de se resguardar a paz e a honra familiar justificavam até mesmo a “mentira jurídica”. O interesse maior do legislador era reprimir os escândalos, resguardando a harmonia doméstica e mantendo a estabilidade dos casamentos.

Isso se explica pelo fato de que no início do século XX, à época da promulgação daquele Código Civil, predominava no Brasil um modelo de família patriarcal e matrimonializado. Numa sociedade oligárquica, tradicional e individualista, fortemente influenciada pela religião e pela moral, a família era numerosa e hierarquizada, fundava-se no casamento, o pai possuía a hegemonia do poder, havia desigualdade de direitos entre marido e

mulher e predominavam os interesses patrimoniais. Como relata Paulo Luiz Netto Lobo (2000), suas principais funções eram econômico-patrimoniais, políticas, procriacionais e religiosas, relegando-se a segundo plano a função de realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante no final do século XX.

Essa realidade ficou bem caracterizada pelo historiador francês Antoine Prost (1992, p.87):

Na primeira metade do século, casar era formar um lar, lançar as bases de uma realidade social nitidamente definida e claramente visível dentro da coletividade. (...) As pessoas se casavam para dar sustento e auxílio mútuo ao longo de uma vida que se anunciava penosa; casavam-se para ter filhos, aumentar um patrimônio e deixar-lhes de herança, para que os filhos se realizassem e, com isso, os próprios pais também se realizassem. Como os valores familiares eram centrais nessa sociedade, os indivíduos eram, de fato, julgados em função de êxito de sua família e do papel que desempenhavam nesse êxito.

No tocante ao papel do afeto naquela sociedade, o autor salienta:

É difícil definir o papel dos sentimentos no casamento daquela época: o máximo que se pode dizer é que a norma social não tomava o amor como condição do casamento nem como critério de seu sucesso. (...) A valorização dos aspectos institucionais do casamento mascarava as realidades afetivas” (p. 89).

Não obstante existissem outras configurações de família, ao elaborar o Código Civil promulgado em 1916, o legislador reconheceu nessa família “matrimonializada” e patriarcalista seu modelo único. Nesse sentido, estabelecia que do casamento decorria a família legítima. Em contraposição à posição de absoluta superioridade do marido, que era considerado o chefe da sociedade conjugal, a mulher necessitava de sua autorização para praticar diversos atos no domínio das relações patrimoniais e, inclusive, para exercer trabalho remunerado fora do lar, o que era considerado algo de excepcional.

3. A “repersonalização” das relações familiares e a necessidade de reformulação do conceito de paternidade

No decorrer do século XX, um importante processo de transformação sofrido pela sociedade brasileira levou gradativamente à quebra da ideologia patriarcal e ao surgimento de uma nova configuração da família, fundada em valores e princípios diversos daqueles que alicerçaram a família tradicional.

A urbanização crescente e a “emancipação” feminina, com a inserção da mulher no processo de produção, são apontados como alguns dos importantes fatores que provocaram

essa mudança, assim como a evolução do conhecimento científico e o fenômeno da globalização.

A este respeito, Berquó (1998, p.414/415) relata as transformações observadas no Brasil, a partir do censo de 1950:

O caráter nuclear da família, isto é, casal com ou sem filhos, continua predominante, mas o “tamanho” da família diminuiu, e cresceu o número de uniões conjugais sem vínculos legais e de arranjos monoparentais. (...) Entretanto, as maiores transformações vêm ocorrendo no interior do núcleo familiar, assinaladas pela alteração da posição relativa da mulher e pelos novos padrões de relacionamento entre os membros da família. Estaria havendo uma tendência à passagem de uma família hierárquica para uma família mais igualitária, tendência inicialmente mais visível nas camadas médias urbanas e, com o tempo, passando a permear também as camadas populares.¹

Além de se tornar cada vez menos hierarquizada, menor, e centrada no casal e em seus filhos, a família deixou de ser unicamente um núcleo econômico e de reprodução, assumindo um papel de espaço destinado ao desenvolvimento do companheirismo, do amor e do diálogo.

Diante dessa nova realidade, as regras jurídicas que regulavam as relações familiares do início do século passado no Brasil foram se mostrando cada vez mais inadequadas. No entanto, somente em 1988 o modelo patriarcal encerrou definitivamente o seu ciclo no âmbito jurídico, segundo Lôbo (2000).

Com a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, “o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade” (PEREIRA, 1997, p.19). O Estado passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º) e também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), denominada família monoparental. Casamento e família passaram a ser tratados pelo Direito como duas realidades distintas, tendo o legislador reconhecido que as causas de formação da família são diversas, não se podendo falar em um modelo único de constituição e organização.

Conseqüentemente, as limitações impostas ao reconhecimento dos filhos concebidos em relações extramatrimoniais perderam o sentido e a base legal, operando-se a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação mantida por seus genitores.

¹ A autora ilustra suas afirmações com os seguintes dados: entre 1950 e 1995, o número médio de pessoas por unidade domiciliar no país caiu de 5,1 para 3,6; quanto ao número de filhos, de 6,2 por mulher entre 1940 e 1960, passou a 2,5 em 1991”; já o número de “famílias monoparentais” praticamente dobrou entre as décadas de 1970 e 1990 (p. 423/426).

Além disso, foi consagrado o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I e 226, § 5º), afastando a atribuição da chefia da sociedade conjugal ao marido; e adotou-se o estatuto unitário da filiação, proibindo quaisquer designações discriminatórias ou diferença de direitos e deveres conferidos aos filhos nascidos dentro do casamento e aos nascidos fora dele ou adotados (art. 227, §6º).

Essa consagração da igualdade da filiação veio corrigir injustiças cometidas ao abrigo do ordenamento jurídico ao longo de várias décadas. Reconheceu-se que não se poderia mais “punir” os filhos pelo fato de seus pais terem mantido relações extraconjugais. Ademais, a Constituição da República de 1988 elegeu como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e, diante disso, era inaceitável que um número expressivo de crianças ficasse sem um pai, e sem os direitos que a relação paterno-filial poderia lhe conferir.

Em face de tudo isso, a paternidade passou a ser, na perspectiva da filiação (havida dentro ou fora do casamento), um direito (FACHIN, 1992). A todos aqueles que não possuíam ou não possuem um pai juridicamente estabelecido, passou a assistir o direito ao reconhecimento, voluntário ou judicial. A paternidade não poderia mais ser concebida como um vínculo presumido por disposição de lei, e o interesse na busca da verdade real libertou aqueles que antes eram obrigados a se contentar com uma verdade fictícia.

Abertas as portas da investigação de paternidade e superada a supremacia da verdade jurídica, surgiu a preocupação em se encontrar um critério justo e seguro que possibilite o encontro com a verdade em matéria de filiação.

Inicia-se, então, uma nova fase, em que a verdade real passou a ser entendida como a certeza da existência do vínculo biológico entre o investigante e o suposto pai, e “a preocupação centraliza-se no filho como descendente de sangue” (ALMEIDA, 2001, p.51).

4. A verdade biológica

Se a verdade biológica, por toda a história da humanidade, até recentemente, manteve-se inacessível ao conhecimento do homem, com o desenvolvimento das técnicas de análise do DNA (ácido desoxirribonucléico), o mistério parece ter sido resolvido.

Até então, a decisão do julgador baseava-se em provas documentais, testemunhais e orais, que forneciam apenas indícios do relacionamento sexual entre o suposto pai e a mãe do investigante, mas não eram capazes de revelar a existência de vínculo genético entre este e o investigado.

Com os avanços científicos no campo da engenharia genética, a purificação e o isolamento do DNA tornou-se viável, permitindo o reconhecimento de suas variações moleculares e a determinação da individualidade genética de cada indivíduo.

Em face disso, tornou-se possível o esclarecimento, com uma segurança nunca antes vista, dos casos de paternidades duvidosas. Enquanto as técnicas científicas até então conhecidas e utilizadas (sistemas eritrocitários e HLA) permitiam uma certa dose de certeza apenas no tocante à exclusão da paternidade, com o novo método é possível a afirmação da paternidade biológica com confiabilidade superior a 99,9999%, segundo o médico-geneticista Sérgio Danilo Pena (1992).

Ao permitir a identificação dos ascendentes de um indivíduo com credibilidade científica, o exame em DNA foi recebido pelo mundo jurídico como o fim de um enigma. Se antes era preciso recorrer a presunções ou provas indiciárias, desde 1988, quando os testes de paternidade por exame em DNA começaram a ser realizados no Brasil, os profissionais do Direito passaram a ter à sua disposição um dado concreto e objetivo para apoiar as suas alegações e decisões. O exame pericial é hoje considerado uma prova robusta do vínculo genético, capaz de revelar a verdade dentro do processo judicial e dar segurança às sentenças. Verdade essa que agora é concebida como uma verdade real, e não mais jurídica ou presumida.

Assiste-se então a uma consagração do liame biológico, em que “filho é o filho de sangue, cuja prova da descendência genética é a prova suprema” (FACHIN, 1996, p.74), em razão de seu caráter científico, e da crença de que o vínculo biológico determina a verdadeira paternidade.

Mas seria a certeza da verdade biológica a certeza da verdadeira filiação?

5. A verdade sócio-afetiva

Como já foi salientado, as transformações por que passou a concepção de família no direito brasileiro culminaram com as alterações introduzidas, no direito positivo, pela Constituição da República de 1988.

Para muitos, a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres, o estatuto unitário da filiação, e o reconhecimento das diversas causas de formação da família demonstram que o afeto foi reconhecido como valor jurídico. O centro da tutela constitucional se deslocou do casamento para as relações familiares, e a família passou a ser valorizada

como um espaço de convivência e de realização de cada um de seus integrantes, fundado no amor e na solidariedade.

Lôbo (2000) utiliza-se da expressão “repersonalização” para referir-se à tendência de se ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios. Isso porque, se à época da promulgação do Código Civil de 1916, o Direito ocupava-se essencialmente com as relações patrimoniais, com a “repersonalização” das relações familiares, há o predomínio dos interesses afetivos em detrimento do patrimonial.

Não é mais a família, mas seus membros o centro das atenções. Como ressalta Fachin (1992, p.25), “sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração à felicidade”. Nesse mesmo sentido, Prost (1992, p.94) afirma que “há meio século, a família passava na frente do indivíduo; agora, é o indivíduo que passa na frente da família”, sustentando que esta passou a ser julgada “em função da contribuição que oferece à realização das vidas privadas individuais”.

Em síntese, ao atribuir relevância jurídica ao amor, o legislador constitucional de 1988 acolheu no ordenamento brasileiro uma nova concepção da família e das suas funções. Essa mudança, por sua vez, foi acompanhada por profundas alterações na disciplina das relações de parentesco, acabando por repercutir no estabelecimento da filiação e no conceito de paternidade.

Nesse contexto, surge o critério da verdade sócio-afetiva, jogando por terra a idéia de que a verdadeira paternidade pode se resumir à busca de uma precisa informação biológica. Pode-se dizer que o mundo jurídico começou a tomar consciência de que o liame genético, por si só, não é capaz de explicar a complexidade das relações paterno-filiais, que se revela na convivência cotidiana, moldada pelo afeto, dedicação e carinho constantes, em que pai e filho se tratam como tal.

A partir daí, começaram a surgir cada vez mais vozes na doutrina e na jurisprudência nacionais – embora o Professor João Baptista Villela já tivesse atentado para isso em 1979 – defendendo a idéia de que, assim como o pai pode não ser aquele a quem presumidamente a lei atribuiu a paternidade, pode também não ser aquele que transmitiu seu material genético para a criança. Segundo Leite, a paternidade não pode se resumir, de forma brutal e inumana, à tão só geração de um ser (2002).

Os conceitos de paternidade e de procriação foram dissociados, estabelecendo-se a diferença entre o genitor, um mero procriador, e o pai, aquele que, desejando um filho,

mantém com ele uma relação que foi querida no ato de geração e que se prolonga por toda uma existência.

Diante disso, o mérito dos testes realizados no DNA consistiria unicamente em apontar, com um alto grau de certeza e confiabilidade científica, se determinada pessoa foi quem forneceu o material genético para a geração de outra. Em caso afirmativo, não se poderia afirmar, apenas com base no exame, que aquela é o pai desta, pois, como afirma Fachin (1996, p.76), “nem sempre o comportamento imita a biologia”.

Da mesma forma, de nada adiantaria impor ao investigado uma eventual paternidade decorrente do exame em DNA. Isso porque, embora se possa obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta (pagando alimentos, por exemplo), não se pode obrigar quem quer que seja a assumir uma paternidade indesejada. Essa imposição coativa violentaria a própria idéia de paternidade, que se caracteriza pela “autodoação” e pela gratuidade.

Passa-se, então, a admitir que a verdadeira paternidade pode ser encontrada no terreno da afetividade, onde pai e filho se relacionam como tal, independentemente da existência de vínculo genético entre eles.

Segundo Maria Berenice Dias (2002, p.9), não há “nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência”. E para Villela (1979, p.408), “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”.

A verdade sócio-afetiva é, portanto, aquela que se edifica no relacionamento diário, fundado no afeto e na dedicação do pai com o pleno desenvolvimento do filho. Em razão disso, embora não seja imprescindível o chamamento de filho, é o comportamento que revela a base das relações entre pai e filho, seja mediante cuidados na alimentação e na instrução, seja no carinho do tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar (FACHIN, 1996).

Para Fachin, o liame sócio-afetivo não é apenas um dado, como a descendência genética. A filiação sócio-afetiva se constrói. Enquanto a paternidade biológica vem pronta sobre a filiação, como um elo indissolúvel, a relação paterno-filial sócio-afetiva se revela, é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes. O jurista sustenta que a verdade biológica é verdade desde logo, que principia e acaba com o fim da existência do descendente, e a respeito da verdade sócio-afetiva conclui:

(...) nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de

emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos (1996, p.59).

Também na visão de Rodrigo da Cunha Pereira (1997), esse pai que educa e sustenta não é necessariamente o pai biológico. Apropriando-se de um conceito fornecido pela Psicanálise, ele afirma que o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção, enfim, qualquer pessoa que exerça uma função de pai. Como qualquer um pode exercer esse papel, o pai seria então, uma função simbólica.

O jurista explica que segundo a teoria de Lacan a família é uma estruturação psíquica, em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, não se constituindo apenas por homem, mulher e filhos. Há o lugar do pai, o lugar da mãe, o lugar dos filhos, sem que eles estejam necessariamente ligados biologicamente. Segundo ele, tanto é assim, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico, e é exatamente isso o que torna possível, no Direito, o instituto da adoção. Por outro lado, afirma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão essenciais à estruturação psíquica de cada sujeito e à sua formação como seres humanos.

Diante dessa visão do pai como função e não como simples genitor, pode-se considerar que é somente após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família, que não seria um grupo natural, mas cultural. Talvez seja em razão disso que Edmund Leach (1977) afirma que quando os antropólogos falam de parentesco, eles estão interessados em comportamentos sociais e não em fatos biológicos, salientando que “os dois conjuntos de dados são, com frequência, tão discrepantes que, muitas vezes, é preferível examinar o parentesco sem qualquer referência à biologia” (p.90).

Referindo-se especificamente à paternidade, Villela (1979) constata que esta, se considerada em si mesma, também não é um fato da natureza, mas um fato cultural. A esse respeito, Reinaldo Pereira e Silva (1999) relata que certas sociedades primitivas chegaram a ignorar a paternidade biológica, confiando a proteção das mulheres e de seus filhos a um chefe que não era o pai. Somente mais tarde é que o pai biológico vai apropriar-se da imagem de autoridade do chefe da sociedade familiar. Citando estudo do antropólogo francês Edgar Morin, o professor catarinense chega a afirmar que, ao contrário do que se pensa, a antropologia comprova que a imagem do chefe não deriva da imagem paterna, pelo contrário,

é a imagem paternal que é uma derivação, sobre a família, da imagem do chefe, que evolutivamente é muito anterior.

Villela (1979) ressalta, ainda, a necessidade de se focar o nascimento de uma forma mais abrangente, que não se restrinja simplesmente aos limites da fisiologia, mas leve em consideração também o processo de formação e amadurecimento da personalidade. Segundo ele, deve-se reconhecer a existência de um “nascimento fisiológico” e de um “nascimento emocional”, sendo neste último, “sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa *proposta*, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade” (p.415).

Essa aceitação a que o autor se refere diz respeito a um desejo do pai de se envolver afetivamente com a criança, de satisfazer suas necessidades de alimentos, cuidados e carinho, enfim, de acolhe-la como filho e inclui-la definitivamente em seu próprio projeto de vida. Esse entendimento dá ênfase a uma dimensão subjetiva da paternidade, que se justificaria antes no plano da liberdade individual do que num dado objetivo, decorrente de uma causalidade física.

Sob essa ótica, ser pai depende, sobretudo, de um ato de vontade que vai além do determinismo biológico. Como afirma Fachin (1996), enquanto a paternidade biológica é traçada por uma informação obrigatória, a relação paterno-filial sócio-afetiva é fruto de um querer, de um desejo de ser pai que faz com que nasça e frutifique a verdadeira paternidade.

É nesse sentido que Villela (1979) afirma que a paternidade adotiva, pelo seu maior teor de autodeterminação, “prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade”, “suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir” (p.416).

Também os recentes avanços ocorridos no campo da biotecnologia vêm fortalecer a idéia da paternidade como um ato de vontade, demonstrando que ela não pode se estabelecer exclusivamente com base em um suporte biológico.

O controle da natalidade, possibilitado pelo advento dos meios contraceptivos, permitiu separar, definitivamente, a atividade sexual da procriação. Segundo Leite (2002, p.81), “o que antes era obrigação, torna-se agora, opção”. Se há algumas décadas não se podia exercer a atividade sexual sem os riscos da gravidez, hoje “desfruta-se o sexo e a procriação, como opção, desejo, projeto parental, só nestas óticas, capaz de justificar e legitimar a paternidade, porque voluntária”.

Mais recentemente, a possibilidade inversa também foi alcançada pela ciência: a reprodução pode ser promovida sem a ocorrência de atividade sexual. Ainda conforme Leite

(1995, p.199/200), “se antes a criança ‘vinha’ ao sabor da natureza, hoje, a decisão do casal pode transformar esta ‘vinda’ aleatória em ‘chegada’ cientificamente planejada. O casal que deseja um filho pode fazê-lo medicamente”.

Assim, os casais estéreis que desejam ter filhos podem recorrer aos diversos métodos de reprodução assistida existentes, como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a doação de óvulos ou a gestação de substituição (também conhecida pela criticada expressão “aluguel de útero”).

No caso da inseminação artificial heteróloga, como o marido não tem espermatozoides, ou os tem em número inferior ao necessário, é utilizado o sêmen de um doador. Nessa situação, a verdade biológica e a sócio-afetiva manifestam-se conflitantes, e surge a dúvida se a condição de pai poderia ser negada àquele que, embora não tenha participado da procriação, desejou aquela criança e, acompanhando a gestação, criou com ela um vínculo de afeto antes mesmo de seu nascimento.

Estudiosos do mundo inteiro têm afirmado que não há como identificar o pai como o doador do sêmen (DIAS, 2002), reconhecendo a importância do papel da afetividade e da vontade manifestada pelo casal, que recorreu às técnicas de reprodução assistida para a realização de um projeto parental.

6. Critério biológico x critério sócio-afetivo: a conciliação das duas verdades

Na complexidade das relações familiares, nem sempre as três faces da paternidade estão interligadas, o que nos conduz à indagação formulada por Pereira (1997, p.132): “Podemos definir o pai como o genitor, o marido ou o companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?”

Na tentativa de encontrar a melhor resposta, surge um outro questionamento: é o homem um ser biológico ou um ser cultural?

Lévi-Strauss (1976) afirma que o homem é um ser biológico e, ao mesmo tempo, um indivíduo social. Isto é, entre as respostas que dá às excitações exteriores ou interiores, algumas dependem inteiramente de sua natureza, outras de sua condição. Mais do que isso, na maioria dos casos as causas não são realmente distintas, constituindo a resposta do sujeito uma verdadeira integração das fontes biológicas e das fontes sociais de seu comportamento. Isso, para o antropólogo, é justamente o que se verifica na atitude da mãe com relação ao filho, concluindo: “a cultura não pode ser considerada nem simplesmente justaposta nem

simplesmente superposta à vida. Em certo sentido substitui-se à vida, e em outro sentido utiliza-a e a transforma para realizar uma síntese de nova ordem” (p.41/42).

Nessa mesma linha, Silva (1999), baseando-se no pensamento de Edgar Morin, afirma que a definição de homem deve ser simultaneamente una e dupla: o homem é um ser biológico e um ser cultural. Segundo o jurista, o homem é um ser totalmente biológico, porque nada do que participa da cultura humana escapa à vida. E, ao mesmo tempo, o homem é um ser totalmente cultural, porque “tudo o que é biológico no homem está ao mesmo tempo embebido, enriquecido, misturado de cultura, e faz parte da cultura: comer, beber, dormir, sonhar, reproduzir-se, nascer, morrer” (p.172). A partir dessa constatação, conclui-se que, assim como ocorre com a definição do homem, a definição de família deve ser una e dupla. Em outros termos, a família apresenta-se como uma “instância biológica, núcleo em que se realiza, dentre outras funções vitais, a reprodução humana, e uma célula cultural, espaço em que se manifesta, dentre outras implicações sociais, o afeto” (p.173).

Com base nisso, o autor defende que não se pode querer reduzir a noção de paternidade a uma dimensão exclusivamente biológica ou limita-la à esfera da afetividade, pois ambas as posições simplificam em excesso a complexidade das relações familiares.

Com efeito, é nesse sentido que a doutrina jurídica começa a trilhar seu caminho, reconhecendo que a paternidade deve ser analisada como um todo. Isso implica em dizer que a verdadeira paternidade se explica em diversas vertentes, não se restringindo a uma verdade monolítica, absoluta, previamente definida para se aplicar aos fatos.

Por isso, a superação da supremacia da verdade biológica não deve corresponder a uma estigmatização deste critério de estabelecimento da filiação. “O que está em questão é uma perspectiva em construção da nova paternidade jurídica e não apenas a substituição *tout court* de um modelo por outro, estanque, rígido e definido” (FACHIN, 2002, p.168). O reconhecimento do afeto como fundamento das relações familiares e como pressuposto da verdadeira relação paterno-filial não implica necessariamente no desprezo do liame biológico, não devendo ser ignorada a importância, tantas vezes decisiva, da comprovação científica do vínculo genético pela realização do exame em DNA. Como afirma Fachin (2002, p.172), “é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na antítese (conceito sócio-afetivo) espaço de convivência e também de dissociação”.

Enfim, preconiza-se a conjugação da verdade biológica e da verdade sócio-afetiva como meio de se chegar à verdadeira paternidade. Portanto, se no início dessa pesquisa nossa pretensão era encontrar o critério que deveria prevalecer na determinação da paternidade, percebemos agora a audácia daquela pretensão, em pouco tempo surpreendida pela sábia

afirmação de que o Direito não convive com verdades únicas (FACHIN, 2002). Isso implica em afirmar que não é possível fixar previamente um conceito de paternidade aplicável a todos os casos concretos, pois aquele que se revela o melhor critério em determinada situação pode já não sê-lo em outra.

O ideal seria que o liame biológico estivesse sempre acompanhado dos laços afetivos, e que todas as relações paterno-filiais fossem moldadas pelo amor e pela dedicação do pai ao filho. Mas a diversidade e complexidade das relações familiares nos impedem de aceitar com tranqüilidade uma solução pronta e acabada, estabelecida de antemão para regular todos os casos apresentados à apreciação dos operadores do Direito. Como fundamentar a decisão com base no critério sócio-afetivo, se muitas vezes quem ajuíza a ação negatória da paternidade é justamente o pai ou o filho que conviveu durante anos nessa condição? O desejo de desconstituir a paternidade parece mostrar que o laço de afeto não era tão forte assim, ou que o amor antes existente não foi suficiente para superar a ausência do vínculo de sangue quando a “verdade” veio à tona ou mesmo quando interesses patrimoniais passaram a falar mais alto. Por outro lado, na singularidade de cada caso, podemos encontrar hipóteses em que o próprio pai biológico, que antes da ação de investigação de paternidade não sabia a “verdade”, ao tomar conhecimento desta, desenvolve um desejo íntimo de assumir a criança plenamente, tendo a sensibilidade de iniciar uma relação de amor com o filho. Como privá-lo dos prazeres de ser pai?

Diante disso, entendemos que somente o exame das circunstâncias fáticas poderá dizer, em cada caso, como determinar a verdadeira paternidade. Até o momento, não conseguimos encontrar uma definição exata para o que seja um pai, o que nos faz crer que assiste razão àqueles que afirmam que não existe uma paternidade, mas diversas paternidades ou paternidades plurais.

7. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- AREDES, Karlon. Demanda por exames de DNA cresce 30% este ano. *Gazeta Mercantil*, Belo Horizonte, 18 jun. 2002, p. 10.
- BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: SCHWARZ, Lília Moritz (Org) *História da Vida Privada no Brasil: Contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, v. 4, cap. 6.

- DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, nº 15, p. 5-14, out-dez 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1992.
- _____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEACH, Edmund. *As idéias de Lévi-Strauss*. Trad: Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. Cap. 6: As estruturas elementares do parentesco.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai.
- _____. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Natureza e cultura. *As estruturas elementares do parentesco*. Trad: Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, nº 3, p. 35-41, jul-set 2000.
- PENA, Sérgio D. J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estudo da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gerard (Org.). *História da Vida Privada: Da primeira guerra a nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 5.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Ascendência Biológica e Descendência Afetiva: Indagações Biojurídicas sobre a Ação de Investigação de Paternidade. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; AZEVÊDO, Jackson Chaves de (Coords.). *Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999.
- VILLELA, João Baptista. *Art. 1601*. Lisboa, 2001. Texto disponível no site: <<http://www.ibdfam.com.br/encenacao.asp>> Acesso em: 19/10/2003.

_____. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, p. 400-416, maio 1979.