

Posse do Estado de Filho

Denise Duarte Bruno

Para tratar da posse do estado de filho optei por falar de algumas atribuições sociais inerentes a ser pai e mãe, por entender que crianças/ou adolescentes só detêm tal posse com referência a um adulto que desempenha, com relação à ela, a função de pai ou de mãe.

Gostaria, apenas, de começar uma discussão que pode, e deve, ser enriquecida.

E, já para começar a discussão, defendo a idéia que devemos falar de parentalidade sócioafetiva, e não de paternidade sócioafetiva.

Na seqüência do trabalho, tento esboçar uma rápida conceituação de parentalidade sócioafetiva e termino destacando três elementos que podem determinar a existência ou não desta relação.

1. Paternidade x Parentalidade Sócioafetiva

Antes de mais nada, gostaria de esclarecer que optei por falar de “parentalidade” sócioafetiva e não de paternidade porque me parece que a questão com a qual nos deparamos no contexto judicial não é só identificar quem é *pai social*, mas, em muitos casos, também quem é mãe, socialmente falando.

Nossa necessidade é encontrar parâmetros não biológicos que

identifiquem relações pais/mães-filhos, e, neste sentido, parentalidade me parece o termo mais adequado.

No cotidiano das Varas de Família, com o reconhecimento do afeto como definidor de relações familiares, nos deparamos com situações onde precisamos saber se determinados adultos, em termos de afeto e atribuições sociais inerentes ao papel de pai e de mãe, desempenham (ou desempenharam) tais funções em relação a uma ou mais crianças. São, portanto, litígios que extrapolam uma mera “investigação” de paternidade. Consistem, na maioria dos casos, discussões sobre a possibilidade de “reconhecimentos” de relações filiais-parentais que fogem do determinismo biológico.

Só para ilustrar o fato do questionamento se dar não só em relação à paternidade (o pai), posso citar um caso onde se discute a situação jurídica de uma menina em cuja certidão de nascimento consta como “mãe” uma mulher que não a gerou, nem adotou, mas cuidou, amou, reconheceu e educou como filha.¹

Esta Ação Judicial sugere que o objeto a ser discutido são relações parentais-filiais e não apenas a paternidade.

Tendo em vista este fato, começo pelo óbvio: falar em

¹ Ver Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1999.

parentalidade / filiação sócioafetiva é falar em família, e falar em família não é trabalhar com um conceito unívoco e unânime.

Falar em família, especialmente sob a ótica social, é falar de uma estrutura que, embora esteja presente em todas as sociedades (e em todos os estratos dessas sociedades) apresenta diferentes configurações, em diferentes grupos. Além disso, as configurações familiares persistem durante um certo tempo e transformam-se em conjunto com as transformações da sociedade da qual fazem parte.

O final do século XX e o começo do século XXI estão marcados por essas transformações sociais e familiares, transformações essas que não podem ser desvinculadas da forma como o contexto legal passa a tratar as relações familiares.

Uma das mudanças no trato legal da família relaciona-se à forma como o contexto jurídico apreende a questão do afeto nas relações familiares. Como referiu a advogada Silvana Carbonera no I Congresso Brasileiro de Direito de Família,

Quando a presença do afeto nas relações de família era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem para muita discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica a relações familiares, o afeto tomou outro sentido e passou a ocupar maior espaço no Direito de Família. (Carbonera, 1999, p. 486)

Uma das principais conseqüências da segunda forma pela qual o contexto jurídico apreende o afeto como o elemento de visibilidade da estrutura familiar é o reconhecimento da “paternidade”, ou como prefiro definir, da parentalidade sócioafetiva.

A parentalidade (e a inseparável filiação) sócioafetiva existe quando uma criança ou adolescente tem, em relação a um adulto que não é seu genitor biológico nem adotivo, a posse do estado de filho, ou seja, existem entre eles “relações de afeto que se consolidam entre pais e filhos, mesmo na ausência de vínculo genético” (Santos, 2000)

Pretendo levantar indicativos sociais para se identificar estas relações familiares de parentalidade/ filiação que transcendem a relação biológica e a relação jurídica já estabelecida, ou seja, a adoção. Procuro respeitar a definição de posse do estado de filho que tem sido utilizada no meio jurídico, que leva em conta o uso do nome, o tratamento dado e o reconhecimento público.

Para tratar da definição social de parentalidade optei por me deter em dois aspectos:

- (1) a noção de parentalidade sócioafetiva, obviamente com ênfase no social e
- (2) algumas peculiaridades da parentalidade em se considerando

as organizações familiares de diferentes grupos sociais.

2. Parentalidade sócioafetiva

Quando se fala de parentalidade se fala ao mesmo tempo, indistintamente de ser pai e ser mãe, ou seja, de paternidade e de maternidade.

Embora a maternidade, por razões óbvias, tenha sido conhecida e identificada desde sempre, Dupuis (1989) destaca o fato da “descoberta” da paternidade poder ser localizada “no quinto milênio” quando “egípcios e indo-europeus tomaram consciência do papel do pai na procriação”(p. 2).

Apesar deste marco temporal, ao historiar o desenvolvimento da noção de paternidade, o mesmo autor destaca que a paternidade não esteve sempre relacionada à progenitura biológica, visto que, por exemplo, no “direito hindu tradicional, o pai da família pode ter doze tipos de filhos, a maioria dos quais não tem nenhum vínculo genético com ele.” (Dupuis, 1989, p. 135).

Temos, então, que nossa concepção contemporânea de uma paternidade social não é nada nova, tendo em vista que, ainda segundo o historiador com o qual estamos trabalhando,

Vêm-se ... diversas sociedades em que o homem manda enquanto “pai”, muito embora a paternidade genética ainda permaneça bastante confusa. É uma

paternidade sociológica ... (p. 135)

Nessas organizações sociais (e familiares) o lugar do “pai” ainda não é necessariamente ocupado pelo homem que gerou o filho, o que só virá a acontecer com o predomínio da família monogâmica, visto que a mesma

... implica em um mudança substancial nos costumes sociais. ... A primeira consequência da monogamia é o estabelecimento do poder do marido enquanto pai dos filhos concebidos com sua esposa, que fica obscurecida no grupo familiar. (...) As consequências jurídicas desse fato são extensivas a toda a história do Ocidente, pela aceitação, desenvolvimento e persistência do sistema jurídico fixado por Roma, qualificado de clássico ... (Beneyto, 1993, p. 24)

Na família monogâmica legalmente constituída, base da quase totalidade das sociedades contemporâneas, há a unicidade entre o papel de pai/mãe com a progenitura biológica, e o ordenamento social e jurídico moderno, conseqüentemente, foi organizado identificando o “pai” e a “mãe” como sendo aqueles que geraram (ou adotaram) uma criança: o filho.

Nessa estrutura familiar, além de gerarem (ou adotarem) uma criança, ao pai e à mãe cabem os cuidados, concretos e afetivos, e a socialização do filho.

Quando essa tarefa de cuidados e socialização da criança são desempenhados por outros que não seus pais (biológicos ou adotivos),

quase todos os grupos sociais definem esses adultos como “pai (mãe) de criação”.

Já no meio jurídico, uma outra definição é utilizada, especialmente nas ações de disputa de guarda envolvendo genitores e não-genitores: o conceito de “pais psicológicos”.²

Tanto os pais “de criação”, implicitamente, quanto os “pais psicológicos”, explicitamente, designam aqueles adultos que cotidianamente e de forma contínua e interativa atendem as crianças em suas necessidades de nutrição, normas e afetos.

Embora ambas as definições possam servir de parâmetro para a definição de parentalidade sócioafetiva, por se referirem a adultos que exercem as funções parentais, elas apresentam pelo menos uma limitação quando falamos de parentalidade sócioafetiva, especialmente sob a ótica social.

A limitação advém do fato de que a constituição da identidade social das crianças se dá a partir de seus genitores e, especialmente em famílias de estratos mais baixos da população, como veremos a seguir, nem sempre quem atende as necessidades da criança, quem lhe cuida cotidianamente, são o pai e/ou a mãe, mas estes são suas referências no

² Para maiores esclarecimentos ver Goldstein et al., 1987, p. 68.

processo de identificação.

3. Aspectos sociais que podem indicar (ou não) parentalidade/ filiação sócioafetiva

Partindo-se da aceitação da existência de uma outra relação parental-filial que não apenas a biológica ou a adotiva, precisamos avaliar cada caso concreto onde se presume a existência de tal relação considerando pelo menos três aspectos:

- (1) como o grupo social ao qual as pessoas que se relacionam concebe os papéis de pai e mãe;
- (2) a distinção (ou não) entre cuidado e parentalidade, e
- (3) o papel da religião para os envolvidos.

3.1 Diferenças entre ser pai e ser mãe em cada grupo social

Cada estrato social apresenta uma estrutura familiar própria, ainda que, como destaca Sarti, mesmo as famílias de camadas populares, onde “na vida cotidiana os costumes prevaleçam sobre regras formalizadas e haja uma grande flexibilidade nas normas de convivência ... em situações-limite opera um mecanismo ... graças ao qual se recorre às regras morais socialmente dominantes” (Sarti, 1996, p. 103)

Tal mecanismo nos leva a pensar que a estrutura familiar das camadas pobres é a mesma que a das camadas médias e altas, mas tal não

ocorre.

Especialmente no que diz respeito ao desempenho da função parental, que é o que nos interessa neste momento, pai e mãe são concebidos de forma muito diferente.

Enquanto para as camadas médias e altas, pai e mãe são os adultos que mantêm, “amam” e determinam a forma de inserção da criança na sociedade, inclusive pelo uso do nome de família, nas camadas mais pobres, “as crianças passam a não ser uma responsabilidade exclusiva da mãe ou do pai, mas de toda a rede de sociabilidade em que a família está envolvida”. (Sarti, 1996, p. 55)

Nestas organizações sociais e familiares, embora se diga correntemente que “quem conta é quem está junto” (idem, p. 58), o “verdadeiro” pai, o biológico, sempre é identificado e valorizado: mesmo não estando junto, o pai “de sangue” é o vínculo que prevalece no processo de identificação e de lealdade.

A antropóloga Claudia Fonseca, ao estudar as famílias das camadas populares de Porto Alegre também destaca a importância do pai biológico quando constata que, para tais grupos, pai é um elemento fundamental à construção da identidade do filho, mesmo quando não

desempenha sua função provedora.³

Nas camadas médias, ao contrário, a manutenção, o cuidado e o afeto têm maior peso, e a importância do nome advém desse estar junto. Para essas camadas, a definição de pai psicológico pode ser utilizada, especialmente se houver a possibilidade de articular, de fato e/ou de direito, a possibilidade do uso do nome.

Permito-me aqui, narrar um caso que atendi recentemente.

Tratava-se de uma ação de guarda, de uma menina que chamarei de Ana, inserida numa família pertencente aos estratos médios da sociedade. O pai biológico de Ana não a reconheceu e, quando tinha 1 ano sua mãe estabeleceu uma nova união conjugal, da qual teve outra filha, relação esta que perdurava até quando da Ação Judicial (e da minha avaliação). Nesta ação, o companheiro da mãe de Ana solicitava ser seu guardião para estender à menina benefícios previdenciários.

Na entrevista, a menina espontaneamente disse pensar que, ao solicitar sua guarda, o companheiro da mãe poderia lhe dar o nome, pois, segundo Ana:

Ele faz comigo tudo que faz com minha irmã, que é filha dele: ele me cuida quando estou doente, olha meus cadernos, fica bravo quando eu apronto. Ele é como se fosse

³ Ver Fonseca, 1995, p. 89.

*meu pai, só falta me dar seu nome.*⁴

Infelizmente, nem o Autor solicitava a adoção, que daria a Ana o *status* legal de sua filha, nem creio que o Magistrado o fizesse de ofício. Mas, estou convicta de ser este um exemplo de que, para os estratos médios da sociedade, ser pai é cuidar e dar o nome, sendo a definição jurídica de filiação sócioafetiva válida para este caso.

Por outro lado, considerando que nem sempre quem cuida é quem dá a identidade social nas camadas mais pobres, parece-me que para esses grupos a avaliação de parentalidade sócioafetiva deve levar em conta outros elementos, dentre os quais, a diferença entre “cuidado”, “guarda” e “parentalidade”.

3.2 Diferença entre “cuidado” – “guarda” e parentalidade/filiação

Uma das formas de se organizar os cuidados e a educação das crianças nas camadas populares é definido por Claudia Fonseca como sendo a “circulação de crianças”:

uma prática familiar, velha de muitas gerações, em que crianças transitam entre as casas das avós, madrinhas, vizinhas, e “pais verdadeiros” (...) podem ter diversas “mães” sem nunca passar por um tribunal”.(Fonseca, 1995, p. 9) (aspas no original)

A “circulação” é definida por esta cientista social como sendo um

⁴ Estas, e todas as falas não identificadas, fazem parte de minhas anotações pessoais dos casos que atendi durante os 15 anos de atuação no Serviço Social Judiciário do Foro Central de Porto Alegre. Os nomes, obviamente, são fictícios.

“processo social” e não um problema.

Neste processo as crianças, embora sejam cuidadas por diferentes pessoas, e provavelmente amadas por elas, ao chegarem à adolescência (ou mesmo antes) voltam para seus genitores biológicos (especialmente para a mãe). A “volta” ocorre porque as crianças e adultos envolvidos no processo de circulação fazem parte de um grupo onde o vínculo sanguíneo é determinante.

Conforme indicam os estudos de “circulação de crianças” realizados com famílias de bairros periféricos em Porto Alegre, estes são casos que dificilmente chegam ao Judiciário, pois o fenômeno normalmente ocorre entre aqueles para os quais há a primazia dos “laços consanguíneos à relação conjugal; e que a circulação de crianças entre diferentes mães de criação faz historicamente parte da dinâmica familiar destes grupos”. (Fonseca, 1995, p. 22)⁵

Quando se instaura um litígio judicial onde se detecta a “circulação de crianças”, freqüentemente um dos lados envolvidos deixou de respeitar as regras que regem esse processo social.

Ao nos depararmos com tais situações, mais uma vez precisamos

⁵ A autora, porém, ressalta que não se deve pressupor que tais hipóteses “se apliquem, mecanicamente a “grupos populares” em geral. Minhas teorias deveriam constar, entre outras, no repertório de “explicações possíveis”, eventualmente úteis para esclarecer o comportamento familiar em determinados grupos.” (Fonseca, 1995, p. 23) (aspas no original)

ter cautela em avaliar se há uma parentalidade sócioafetiva ou não. De forma muito clara nestes casos, a avaliação da existência ou não da posse do estado de filho da criança envolvida no litígio deve ser criteriosa.

A disputa da guarda de Raí estabelecida entre Joana e Marisa é ilustrativa.

Joana teve Raí no final da adolescência e o pai não o reconheceu. A mãe de Joana não só não a apoiou, como sugeriu que ela deixasse o menino com sua prima, Marisa, “que cuidava de crianças”. Joana o fez, e relata posteriormente que sempre ajudou a manter o menino, bem como visitava. Marisa diz que isso aconteceu por algum tempo e depois Joana “desapareceu”.

Marisa se “apegou” ao menino, enquanto Joana foi trabalhar longe e depois se casou com alguém de outro país e outro nível social. Ela estudou, aprendeu outro idioma e passou a viver de acordo com o grupo social do marido. Ambos decidiram que ela deveria reaver a guarda do filho, mas Marisa passou a dificultar, utilizando, inclusive, a lealdade de Raí. Apesar de se “recusar” a abrir mão da guarda fática de Raí, Marisa dizia que sempre teve consciência de que “mãe é ela” (referindo-se à Joana).

Raí, apesar de inclusive se recusar a passear com Joana, também a

identificava como mãe. Os três diziam, cada qual com suas palavras, terem consciência de que Joana era “a mãe”, que Marisa só cuidara de Raí e, nas palavras da própria Marisa:

*assim que ele crescer um pouquinho ele volta prá ela.
Ela é a mãe, eu só cuidei. E não devolvi ainda porque ela
ficou rica e procurou a justiça.*

Este caso caracteriza uma “circulação de criança”, onde o cuidado foi delegado e aceito por um tempo, mas a mãe biológica não foi destituída de sua maternidade, nem a “mãe de criação” foi investida desta posição. Raí, mesmo que cuidado, amado e educado por Marisa, não tinha com relação à mesma, sob a ótica social, a posse do estado de filho, pois sua identidade era constituída a partir de Joana.

Em outros grupos sociais, porém, onde não se verifica a “circulação de crianças”, muito provavelmente, socialmente falando, Raí teria com relação a Marisa a posse do estado de filho, pois ela o cuidara como tal, assumira publicamente (na escola, por exemplo) o lugar de sua mãe, e, além disso, o inserira em sua comunidade religiosa.

A inserção na comunidade religiosa pode, em muitos casos, segundo minha avaliação, definir a parentalidade sócio-afetiva.

3.3 A religião como definidora de parentalidade/ filiação sócioafetiva

A quase totalidade das religiões por nós conhecida tem bem claros,

e valorizados, os papéis de pai e mãe. Além disso, na maioria delas, a inserção da criança na comunidade religiosa se dá através de rituais realizados pelos pais, ou definidos por eles.

O batizado da Igreja Católica é um exemplo emblemático dessa inserção: são os pais que escolhem os padrinhos, aos quais é atribuída função de substituí-los caso faltem e, durante o rito em si mesmo, são os pais que apresentam o filho à comunidade religiosa.

Em suma, em termos sociais poderíamos dizer que para um adulto assumir a parentalidade de uma criança é também inseri-la na sua comunidade religiosa, mesmo que no cotidiano a prática religiosa não seja muito freqüente.

Em um caso se questionando a validade de um registro civil onde estava declarada como mãe uma mulher que não gerou nem adotou uma menina, a religião pode ser usada como um indicativo de que a menina detinha a posse do estado de filha em relação aquela que a criara, educara e, provavelmente, amara. A mulher que o fizera era uma ex-freira, ou seja, uma mulher com uma marcada postura religiosa e, como destaca o Des. Luiz Felipe Brasil Santos ao se manifestar no julgamento em favor da manutenção do registro civil considerando a existência do vínculo afetivo e a proteção do interesse da menina:

D. ... criou essa criança até vir a falecer. Todas as

testemunhas do processo informam que ela apresentava essa criança como filha. Ela batizou-a – havendo, inclusive, certidão de batismo nos autos – como filha,... Todos sabiam que não era sua filha de sangue, mas era “filha do coração...”.(Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1999 - grifos meus)

Outro caso exemplar que atendi, foi o de um casal que, ao se separar, acordou que a guarda da filha mais velha seria da avó paterna, e os três menores ficariam com a mãe. Tal acordo fere o princípio de não separação dos irmãos e tive muita dificuldade em entender a situação, visto que a mãe não admitia a possibilidade de deixar os menores com o pai e este morava com sua mãe, que deteria a guarda da filha mais velha.

A mãe justificou o acordo alegando que, devido a iniciação da menina na religião professada por todos os envolvidos, sua filha substituiria a avó paterna em uma função religiosa e, para tal, “já deixou de ser [sua] filha”, pois

é a filiação de santo que conta. Quem manda nela agora, quem cuida dela, é a avó. O santo já determinou que a mãe dela agora é a avó.

Os dois casos referidos nos demonstram que, em algumas situações, os vínculos e/ou as iniciações religiosas definem a relação parental/filial, e não podem ser desprezados ou ignorados.

Conclusões

Gostaria de encerrar destacando que, como já observei no

início, os aspectos sociais que relacionei aqui são apenas *alguns* elementos para avaliação da relação parental-filial, ou seja, para se identificar se uma criança detém, sob a ótica social, a posse do estado de filho em relação a um (ou mais) adultos.

A avaliação social de cada caso concreto, preferencialmente articulada à avaliação psicológica, podem subsidiar a definição jurídica de parentalidade (paternidade) sócioafetiva.

Especificamente no que me diz respeito, sob a ótica das ciências sociais, muitos outros elementos ainda podem ser considerados, mas como já disse, a pretensão era iniciar uma discussão.

Para encerrar, deixo minha lembrança de um filme, onde um homem não cuidou, não amou, nem reconheceu como filho um menino órfão, mas este o identificou como pai a partir do momento que foi por ele obrigado a aprender a usar a força contra outros meninos que o agrediam.

Antes desta cena, o menino “conversava” com o pai biológico que não conhecera e, a partir daí, deixa de fazê-lo. Ele passa a ter um “pai real”.

Não conto o final. Mas digo-lhes que o filme se chama “O Ladrão” de Pavel Chukrai e diz muito sobre o que é, e o que não é, ser pai (ou ser

mãe), para além da biologia e da adoção.

Bibliografia

- BENEYTO, Juan. **Una historia del matrimonio**. Madrid: Eudema, 1993. (Eudema Historia- Perfiles)
- CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In PEREIRA, Rodrigo Cunha (organizador). **Repensando o Direito de Família**. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. (p. 485- 511)
- CHUKRAI, Pavel (roteiro e direção). **O Ladrão**. Europa Filmes. 2000.
- DUPUIS, Jacques. **Em nome do pai: uma história da paternidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1989. (Coleção Fio da Meada)
- FONSECA, Cláudia. **Caminhos da Adoção**. São Paulo: Cortez Editora, 1995.
- GOLDSTEIN, Joseph, et al. **The best interests of the child: the last detrimental alternative**. New York: The Free Press, 1996.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Paternidade Sócioafetiva. Palestra proferida na Jornada de Direito de Família, promovida pelo IARGS, em 26 de agosto de 2000. (disponível em <http://www.ajuris.org.br/esm/artigo41.htm>)
- SARTI, Cynthia Andersen. **A Família Como Espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. Campinas: Editores Associados, 1996.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Embargos Infringentes nº 59943905, julgados pelo 4º Grupo de Câmaras Cíveis em 8 de outubro de 1999.