

Contestação de paternidade e a segurança da filiação

Leila Maria Torraca de Brito

Profa. Adja do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Introdução

Em decorrência das transformações familiares e das múltiplas situações de filiação que se apresentam como fruto das mudanças científicas, sociais e culturais nota-se, com freqüência, situações singulares que remetem a indagações sobre como identificar a paternidade e quais critérios priorizar. Percebe-se que, na atualidade, multiplicam-se as situações em que aquele que gerou, e o que educa e cuida da criança não são as mesmas pessoas. Surgem, dessa forma, dúvidas a respeito de quem seria o “verdadeiro” pai ou mãe, bem como sobre seus direitos e deveres no exercício da paternidade ou da maternidade, dúvidas que poderiam ser expressas por meio das indagações dispostas a seguir. Como se define a paternidade no contexto contemporâneo? Na designação da paternidade deve-se considerar o aspecto socioafetivo ou o biológico? Considera-se, na atualidade, que a paternidade biológica e a paternidade legal se equivalem? Como assegurar o direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes, quando a própria família parece ser incerta?

No estudo do tema, se percebe que dúvidas no tocante à designação dos vínculos de filiação também vêm sendo apontadas por profissionais estrangeiros. Belleau (2004), ao abordar impasses sobre a definição da paternidade informa que, na província de Québec, nos anos 1980, devido às inúmeras transformações nas relações familiares, os debates giravam em torno do conceito de família. Agora, no início do terceiro milênio, a autora explica que as discussões acham-se centradas na designação dos pais quando, por vezes, diversas pessoas revelam ser o “verdadeiro” pai de uma criança. Quanto a esse aspecto, Tinant (2006) destaca a importância de se pensar na inequívoca responsabilidade social dos operadores do direito, pois suas decisões abrangerão, de forma coletiva, a maneira de se compreender e enfrentar as novas questões referentes à organização familiar, funcionando como um regulador das relações de filiação e de parentesco.

No Brasil, nota-se que o artigo 1.601 do Código Civil ao definir a imprescritibilidade para a contestação de paternidade, tem suscitado polêmica. Nas explicações sobre a matéria, encontram-se aqueles que expõem, de forma clara, seus argumentos na defesa da imprescritibilidade, acreditando que a inexistência de prazo para a contestação de paternidade não entraria em conflito com o interesse dos filhos menores (MOURA e OLTRAMARI, 2005).

No estudo sobre a filiação, porém, outros juristas, como Lôbo (2003), advertem: “Uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não” (p.153). Reconhece, assim, o autor, que o estado de filiação pode ser estabelecido pela filiação biológica e pela filiação não biológica, justificando que, no Brasil, a Constituição Federal não define a filiação com acento nos vínculos biológicos. Acredita, ainda, ser inadmissível a alteração de um estado de filiação que já existe.

Na atuação de psicólogos junto às Varas de Família tem sido observado com freqüência, no decorrer das disputas de guarda e visitação de filhos, muitos pais surpreendidos por sua ex-esposa ou outro familiar desta, com a afirmação de que ele não é o “verdadeiro” pai, apesar de ter registrado e criado o filho por diversos anos (BRITO e AYRES, 2004). Foi assim que ocorreu com uma criança registrada por aquele que se tornara o marido de sua mãe, apesar de não haver descendência biológica. Anos após, em decorrência da separação do casal e do fato de a mãe da criança estar residindo com outra pessoa, a genitora insiste para que seja desconstituída a paternidade do pai registral de seu filho, alegando que a criança chamava de pai o seu atual companheiro. Feito exame de DNA confirma-se, a contragosto daquele que registrou a criança, a ausência de afinidade genética, passando-se, então, a discutir quem iria assumir a paternidade da criança. O pai biológico - que não parecia muito interessado ou o novo companheiro da mãe, visto por esta como o pai socioafetivo da criança naquele período. Nesse caso, a disputa travada ocorria, na verdade, entre os dois pais socioafetivos, ou seja, o que registrou a criança e aquele que, agora, cuidava dela. Situações semelhantes a essa são observadas quando o homem reconhece como seus os filhos de uma união anterior da esposa e, após o rompimento da parceria conjugal, encaminha o pedido de desconstituição da paternidade, com toda a amplitude da dimensão do termo.

Nesse sentido, como muitos parecem ser os embaraços e polêmicas evidenciados no que concerne ao

instituto da filiação e à definição de paternidade propõe-se, na palestra, relatar resultados de pesquisa realizada sobre a temática. Como objetivo geral da investigação, visou-se apresentar e discutir conceitos e argumentações que vêm fundamentando julgamentos referentes às ações negatórias de paternidade. Para atingir essa meta foi empreendido levantamento junto à jurisprudência emitida por alguns tribunais do país, procurando-se circunscrever discursos que vêm sendo utilizados para se desconstituir, ou não, paternidades.

Serão apresentados, inicialmente, os eixos teóricos que deram suporte a investigação, sendo analisados, posteriormente, os resultados obtidos na coleta de dados.

Filiação e relações de parentesco

Estudos antropológicos mais recentes muito contribuíram para desconstruir a concepção dos conceitos de família, filiação e parentesco enquanto fenômenos naturais, apontando para estes como criações humanas. Por meio de exemplos descritos pela Antropologia, se observa que a designação dos lugares estruturais de pai e de mãe pode variar em distintas culturas, o que indica não ser a determinação biológica que os fixa. Há, no entanto, uma referência simbólica nesses lugares genealógicos, fazendo com que as dimensões sociais e privadas com referência à paternidade estejam interligadas, sendo necessário que o campo social sustente a importância de ser pai no âmbito privado.

Nessa discussão, Verdier (2001) traça, de forma breve, as diferenças que percebe entre o que seria o nascimento e a filiação. Explica, esse autor, que o nascimento é um fato físico e que há um pai e uma mãe de nascimento. Considera, entretanto, a filiação como uma noção jurídica “uma instituição que cria os vínculos de direito entre as pessoas. Não é uma história de gametas, não é uma história de amor, é uma história de transmissão” (p.125).

Hurstel (1999, p.64), concordando com as lições proferidas por Pierre Legendre, reafirma que cada sociedade organiza o parentesco por meio de montagens que o ordenam e o regulam, o que se dá pelo viés jurídico, sendo tais montagens vitais para o sujeito ancorar sua identidade. Compreendem, esses autores, que se diferenciam, assim, no gênero humano, a simples reprodução da espécie, da possibilidade de uma sucessão de gerações com particularidades culturais, a qual pode-se denominar de dimensão genealógica da filiação, como o faz Legendre.

Como afirma Théry (1996), é preciso que a história familiar seja transmitida à criança para que ela se aproprie desta e possa estabelecer seu lugar na corrente genealógica, motivo pelo qual a autora compreende que as crianças não podem ser reduzidas simplesmente à suas vidas. Nesse desenrolar, como bem lembra Belleau (2004), há toda uma memória familiar transmitida pela filiação, quando a inscrição da criança no sistema familiar se dá de diversas formas, inclusive pela montagem do álbum de fotografias do recém-nascido, por meio do qual se organiza a história dessa criança junto a seus responsáveis. Aponta Hurstel (1999, p.121,) que nas histórias familiares contadas, o que se transmite são os relatos que ajudam uma criança a construir seu lugar na rede de parentesco. Também por esta via, Hamad (2002) diferencia hereditariedade genética de hereditariedade familiar, considerando que esta última contempla as transmissões e o patrimônio cultural passado pelos responsáveis à criança. Verdier (1996, p.88) possui compreensão semelhante sobre a definição da filiação, apontando para o fato de o sujeito estar inscrito em uma história que o liga a um passado e o projeta em um futuro, o que o auxilia na construção de sua identidade.

Em nossa sociedade, é por intermédio do assentamento no registro civil público que se expressa o vínculo de filiação, quando se institui às crianças o lugar de filhos e aos devidos familiares os lugares de pais e avós, estabelecendo-se, dessa maneira, o princípio genealógico. A filiação se dá, portanto, pelas duas linhagens, sendo o lugar de cada sujeito demarcado junto aos parentes de cada linha geracional. Como expõe Legendre (1996, p.9): “(...) a genealogia não aponta só para o conjunto das realidades biológicas, mas para o conjunto dos sistemas institucionais fabricados pela humanidade para sobreviver e difundir-se”. Nesse sentido, essa definição ultrapassa o vínculo pessoal entre pai e filho, pois situa cada um como elo da corrente genealógica.

Pode-se recordar, aqui, que Fachin (1992, p.19), ao abordar a organização do parentesco, leciona:

A partir do abrigo jurídico de uma determinada concepção de família, o Direito organiza as relações internas de seus membros e da mesma com o mundo que lhe é exterior. Tal ordenação se faz sob a disciplina jurídica do parentesco.

Enfatizam Legendre e Hurstel, portanto, que a noção jurídica de filiação acha-se relacionada à ficção. Hurstel (1999, p.64) explica que, em relação à filiação, as ficções jurídicas são “(...) um conjunto de regras que determinam quem, e segundo quais procedimentos, é pai e quem é filho, e situam cada um

em seu lugar simbólico (já que nominativo) na aliança e na filiação”. Ou seja, são as leis de cada sociedade que, como diz Legendre (1996), “fabricam” um pai para a criança. Esclarece, esse último autor, que a verdade da filiação não pode ser confundida com a verdade biológica e que a filiação jurídica é construída por elementos alheios à Biologia. Conforme indica Legendre (1996), tais regras são de ordem pública logo, esta é uma questão que não pode ser tratada apenas no âmbito privado, ou ainda submetida a incertezas constantes. Para o autor, quando alguém é delegado pelo Estado para representar um lugar, esta designação reúne tanto significados psicológicos quanto jurídicos, esclarecendo, assim, que o princípio genealógico é, em última instância, um princípio jurídico. Compreende-se, dessa maneira, que a definição jurídica da filiação não se refere a uma mera formalização do vínculo, mas antes, à legitimação, ao reconhecimento por toda uma sociedade, de sua existência. Como sustentam Sauwen e Hryniewicz (2000, p.53), ancorados nos ensinamentos da Antropologia, “a lei do grupo deve designar claramente os elementos que fundamentam a filiação e o direito sucessório. Não podem existir dois códigos com efeitos contraditórios”.

Conjugalidade, procriação e filiação

Nas sociedades de tradição jurídica romano-cristã, a relação paterno-filial, por longo período, esteve vinculada ao casamento, quando o sentido jurídico da filiação firmava-se pelo matrimônio dos pais da criança. Considerava-se pai o marido da mãe, sendo que os filhos havidos fora do casamento eram tratados como ilegítimos.

Na atualidade, entretanto, não é apenas pelo casamento que se formam casais, famílias e que se estabelece a filiação alterando-se, assim, as referências culturais que subsistiam.

Em relação ao cuidado e a responsabilidade pelos infantes, até a metade do século XX não era comum existir diversas pessoas com papéis parentais junto às crianças. Isto acontece mais tarde, quando vínculos não formais de conjugalidade passam a ocorrer trazendo interrogações sobre a idéia de exclusividade da filiação. Surge a necessidade de se diferenciar e de se compreender, separadamente, cada um dos institutos, despontando a dúvida de como se pensar a filiação quando esta não se encontra, necessariamente, vinculada à família e ao casamento. Como salienta Théry (1996), a família pós-moderna traz a ruptura entre conjugalidade e filiação, quando “ser pai” e “ser mãe”, independe de um relacionamento conjugal. No entanto, a autora ressalta que, se hoje o casal possui autonomia para decidir como e até quando vai manter seu relacionamento, o mesmo não deve ocorrer com a filiação, que deve ser indissolúvel.

Aponta Hurstel (1999, p.58) que, como a guarda e o cuidado das crianças continuam quase sempre como tarefas atribuídas às mães, o modelo materno soa hoje como estável, enquanto despontam com maior frequência interrogações sobre quem é o pai e quais as suas atribuições. Incertezas que, com frequência, aportam ao judiciário.

Leite (1995, p.199) assinala que, com a possibilidade de procriação medicamente assistida tem lugar o discurso que passa a desconsiderar a idéia da determinação da paternidade unicamente pelo viés biológico, se enaltecendo a chamada verdade afetiva da filiação, havendo destaque também para o papel da vontade do sujeito que assumiu a paternidade. Observa, o autor, que, se antes uma criança chegava ao mundo sem qualquer planejamento, hoje, esse nascimento pode ser cientificamente planejado e até controlado, acrescentando inúmeras mudanças às relações de parentesco, que, até então, acreditava-se solidamente estabelecidas.

No debate sobre a verdade da filiação, Belleau (2004) recorda que tanto na procriação medicamente assistida como na adoção não é o vínculo genético que define o parentesco. Da mesma forma, a possibilidade, que se apresenta em alguns países, de um casal homossexual adotar filhos, se insere na lógica de que o reconhecimento dos vínculos de filiação e de parentesco não são prioritariamente os biológicos. Nota-se, quando do uso de métodos de procriação assistida, que um homem é designado pai em nome da vontade e da presunção da paternidade, critérios que parecem desprezados quando se evoca a verdade biológica como causa para destituir paternidades em processos de contestação de paternidade. Nesse sentido, se inicialmente foi importante a compreensão da dissociação que deveria ser feita entre a conjugalidade e a filiação, já que estas não estavam necessariamente relacionadas, em um segundo momento, com a possibilidade de se ter filhos por procriação medicamente assistida, há a ruptura entre a procriação e filiação.

Marques Neto (1996), ao discutir sobre o que seria considerado pelo Direito como verdade, assevera que a concepção do que seja verdadeiro está relacionada à compreensão que se tenha sobre o Direito, ou ainda, do enfoque teórico que se adote sobre este. Aponta o autor que, para alguns, o que conta é o critério da objetividade, enquanto para outros a verdade estaria localizada na “dimensão do discurso” (p.30). Conclui, portanto, que:

A diversidade de concepções sobre os critérios de verdade não deixa de deslocar um pouco o conceito de verdade de um eixo apenas lógico e teórico. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a verdade, no campo do Direito, não é apenas uma questão lógica, teórica e epistemológica. É também uma questão ética e política (MARQUES NETO, 1996, p.31).

No bojo dessa discussão, ao abordar o ato de vontade, que se expressa no alargamento da lógica da liberdade individual, pode-se pensar que este, hoje, deve ser compreendido conjugado às forças que atravessam o contexto de uma economia de mercado própria da época, quando o desejo e a felicidade são sempre evocados. Neste ponto, pode-se recordar Bauman (2005), quando o autor argumenta que em um contexto consumista, a utilidade está relacionada à satisfação. Interrompida esta última, pensa-se logo na possibilidade de troca, quando produtos e relacionamentos são desfeitos com naturalidade.

Progressos da genética na sociedade de consumo

Costa (2006, p.22) destaca que, principalmente a partir dos anos 1980, pode-se adicionar às mudanças que vinham ocorrendo na instituição familiar o impacto vindo da moral do consumismo e da sociedade do espetáculo. Esclarece o autor que, enquanto inicialmente as críticas estavam voltadas ao funcionamento conservador da família burguesa, buscando-se uma forma de interação entre seus membros por um viés mais igualitário, a visão do consumismo que atravessou tais reivindicações restringe-se à transformação da família em objeto de lucro. Na análise da influência do capitalismo nas organizações familiares, Sarti (2000) também percebe que, hoje, os aspectos simbólicos presentes nas distintas culturas parecem desprezados em nome de uma lógica regida pela utilidade e pela praticidade. Na discussão sobre o impacto do consumismo, Costa (2006) ressalta o quanto este alcança e se estende a uma moral, uma forma de vida, uma maneira de agir e de pensar, onde a compulsão ao consumo, a pressa, a troca e a inexistência de uma avaliação prévia da utilidade das coisas passam a ser regra. Bauman (2005) dá destaque ao fato de que, no atual período, a tendência é de que os relacionamentos sejam “frágeis e descartáveis”, um verdadeiro produto para consumidores, chegando-se ao que conceitua como “líquido mundo moderno das identidades fluidas” (p.76). Nesse contexto, cria-se também a idéia de prazo de validade, como mostra Bauman (2006), limite que, ao mesmo tempo em que transmite ao cliente a imagem de garantia do produto, assegura sua rápida descartabilidade. Como destaca Bauman (2003), na “cultura moderna líquida” a felicidade e o prazer colocam-se como bem supremo e objetivo a ser atingido por todos. Da mesma forma, a busca por esta felicidade torna-se um dever do homem, sendo que nesse percurso, qualquer obstáculo ou percalço é visto como “injustiça” (p.77).

No contexto consumista, o que é novo passa a ter mais valor do que o duradouro, o qual rapidamente passa a categoria de imprestável, sem utilidade, portanto, sem valor. Compreende-se que é possível acrescentar a essa discussão o uso, que por vezes se encontra no discurso científico, de palavras como moderno, novo, atual, que por si só já parecem justificar a adequação ou pertinência de determinados posicionamentos teóricos. Ao mesmo tempo, retomando o tema da paternidade, se poderia questionar se, em um período histórico no qual as relações afetivas parecem fluidas, passageiras, ou líquidas, como conceitua Bauman (2004), as filiações seriam também voláteis, incertas.

Fonseca (2004), ao analisar a demanda de homens que se dirigem às diversas instâncias jurídicas de Porto Alegre para solucionar questões referentes à identidade paterna, notou que muitos iniciavam o processo judicial com o intuito, apenas, de esclarecer dúvida a respeito da paternidade que estabeleceram, sem outras pretensões. A autora também notou que, a possibilidade de averiguação genética exacerba a curiosidade e a dúvida em muitos homens a respeito da paternidade estabelecida. Chamou atenção da autora, ainda, o fato de que essa nova tecnologia era de conhecimento de pessoas de distintas classes socioeconômicas.

Fonseca (2004), além de alertar para o grande número de testes de DNA pagos pelo erário público que são feitos atualmente no Brasil, destaca que, por vezes, programas de TV oferecem para arcar com os custos do teste em laboratórios particulares para alguns espectadores, com o argumento de que estariam agilizando o processo. Ao avaliar verbas despendidas não com a pesquisa, mas com a realização dos exames de DNA, a autora cita que, “em 1999, o estado de São Paulo destinou 5,4 milhões de reais para testes de DNA de paternidade” (FONSECA, 2002, p.279), havendo, como informa a autora, disputas entre laboratórios que almejavam o contrato. A partir desse viés de discussão pode-se questionar, como o fez Cleiman (2002), como movimentar o mercado quando não se tem dúvida a respeito da paternidade. Considera Cleiman (2002) que:

Nesta fase de hegemonia do biocapital, nada mais rentável para o sistema do que consumidores de

espermas, óvulos, hormônios, técnicas de reprodução assistida. Afinal o que poderia ser mais antieconômico do que um homem e uma mulher se unirem para fazer pelos métodos tradicionais um filho? (p.499).

No que diz respeito ao impacto do consumismo junto a temas específicos do Direito de Família, Legendre (1996, p.27), considera que, hoje, a problemática da reprodução humana encontra-se no auge da questão porque o mercado reivindica sua legitimidade para ordená-la, sublinhando o autor que a função jurídica não é a de registrar conquistas científicas.

Mudanças na legislação sobre filiação

Esclarece Fachin (1992) que, na década de 70, diversos foram os países que realizaram reformas legislativas no capítulo referente à filiação como, por exemplo, França, Portugal, Bélgica e Suíça, necessidade que se impunha em decorrência das alterações vivenciadas no contexto familiar. Chamava atenção, na época, o elevado número de filhos havidos fora do casamento que eram discriminados como extraconjugais em nome da preservação da união matrimonial de homens casados, sem dúvida, um legado da família patriarcal. Naquele período, portanto, a divisão entre legitimidade e ilegitimidade dos filhos era um dos itens que se pretendia atingir com as reformas efetuadas na legislação de distintos países.

Para não haver discriminação entre filiações, estas foram desvinculadas do casamento, ou seja, separou-se o que é da ordem da conjugalidade do que constitui a paternidade.

No que diz respeito à legislação pátria, o Código Civil de 1916 mantinha forte presunção da paternidade, estabelecendo legitimidade exclusiva ao marido para contestar a paternidade do filho havido por sua esposa, sendo que o prazo para a contestação era exíguo.

Foi com a Constituição da República Federativa, de 1988, que se passou ao entendimento de que a família pode ter origem matrimonial ou não, assim como filhos havidos ou não da relação de casamento passam a ter “os mesmos direitos e qualificações”, segundo o disposto no parágrafo 6º do artigo 227. A partir dessa Carta Constitucional, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido, como também pode propor ação de investigação de paternidade. A igualdade no direito da filiação expressa constitucionalmente, veio banir as discriminações entre filhos havidos no casamento e os fora dele, tornando inadequado e sem sentido, o uso de expressões como filho legítimo e filho ilegítimo.

No entanto, foi no Código Civil de 2002, que o legislador optou por tornar imprescritível a possibilidade de contestação da paternidade, orientação expressa no artigo 1.601. Para Lôbo (2003, p.143), entretanto, não há fundamento constitucional para a primazia - como muitos defendem - do viés biológico da filiação. Considera, esse jurista, a interpretação que segue tal visão como equivocada, na medida em que compartilha do entendimento de que a paternidade seria uma construção cultural e não biológica. Por esse motivo, não seria cabível a investigação de paternidade quando já há paternidade constituída, ou seja, com a intenção de se substituir uma paternidade socioafetiva pela biológica, compreendendo, o autor, que a investigação deve ocorrer nos casos em que não há, no registro da pessoa, o nome de um pai.

As aceleradas mudanças nas configurações familiares que se presenciam na sociedade ocidental apontam para novas necessidades e realidades, que resultaram em novas alterações na legislação referente à matéria em alguns países. Fulchiron (2006), discorre sobre alteração ao título VII do Código Civil Francês, promulgada em 2005, denominada “reforma da filiação”. A nova legislação sobre a filiação vem sendo aplicada, na França, desde 1º de julho de 2006 a todas as crianças, independente do fato de terem nascido antes ou depois da vigência da lei, como explicam Leroyer et Rochfeld (2005). Segundo as autoras, a reforma tomou por base dois objetivos principais, ou seja: “unificar o direito da filiação para permitir a igualdade entre crianças e reforçar a estabilidade do vínculo de filiação” (p.837). Procurou-se, portanto, manter a filiação da criança separada dos conflitos familiares.

Esclarece Fulchiron (2006) que, de acordo com o artigo 333 da Ordonnance n. 2005-759, de quatro de julho de 2005, na referência às ações de contestação de paternidade foi estabelecido, no parágrafo 2º do artigo, que esta não é possível quando a posse de estado já dure cinco anos após o nascimento ou o reconhecimento da criança. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que, quando a posse de estado não atingiu o prazo de cinco anos, podem solicitar a mudança de filiação a criança, cada um dos pais e a pessoa que se diz pai ou mãe. A ação só é cabível, no máximo, até cinco anos após o término da posse de estado. Já o artigo 334 estabelece que, não havendo posse de estado, todo interessado pode impetrar uma ação de contestação de paternidade no prazo de 10 anos. Fulchiron (2006) expõe que, de acordo com essa nova legislação francesa, na medida em que o tempo passa e a filiação vai se estabelecendo, mais difícil se torna a possibilidade de troca. Fulchiron (2006) explica que, a visão que

rege essa nova legislação é a de que filiações consistentes, firmes, não podem ser colocadas à prova por influência de argumentos biológicos, o que iria contra o interesse da criança, da família e da sociedade. Da mesma forma, se compreende que crianças não podem ter sua filiação mudada de uma família para outra só porque foram alteradas as relações de conjugalidade entre seus pais.

Pesquisa realizada junto à jurisprudência

Buscando acompanhar o posicionamento dos julgados referentes às ações negatórias de paternidade, decidiu-se empreender pesquisa na jurisprudência emitida por alguns Tribunais Brasileiros. Na pesquisa realizada, visando circunscrever conceitos presentes na jurisprudência referente às ações citadas, foi feito levantamento de ementas publicadas nas páginas eletrônicas de Tribunais de alguns dos estados da Federação, após a promulgação do Código Civil de 2002 (BRITO, 2007).

Foram visitadas, aleatoriamente, as páginas dos Tribunais: do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de Goiás, de Minas Gerais, de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, com os indicadores acima descritos, foram recolhidas, no total, 558 ementas. Com o material impresso, iniciou-se leitura e exame das ementas visando agrupar as que diziam respeito ao tema da pesquisa.

Ao analisar ementas de jurisprudência referentes às ações negatórias de paternidade notou-se, com nitidez, tendência majoritária das Cortes para a determinação da paternidade por intermédio do critério biológico. No exame da matéria, foi possível identificar, também, clara distinção quanto aos conceitos utilizados por tribunais de diferentes estados brasileiros nos julgamentos e na análise da questão.

A desconstituição da paternidade vem sendo aceita nas referidas ações com fundamento, principalmente, nos argumentos listados a seguir, presentes em diversos acórdãos que equiparam o reconhecimento jurídico da paternidade à origem genética: “deve ser estabelecida a verdade real”, “registros de nascimento devem retratar a realidade biológica”, “evolução científica da engenharia genética permite o uso de novas provas” e “exclusão da paternidade pelo exame de DNA”.

Os que definem a paternidade pelo viés biológico, consideram possível desconstituir o vínculo parental quando o pai registral assumiu livremente esse compromisso, observando-se, nos pronunciamentos jurisprudenciais, a alegação de ocorrência de “falsa declaração” daquele que registrou a criança e “erro que se evidencia de forma absolutamente indubitosa devido ao resultado do exame de DNA”. Como exemplo, destaca-se:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO DO REGISTRO CIVIL E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.

Ajuizamento pelo próprio pai Decadência pronunciada (art.178, §§3º e 4º, C. Civil) Descabimento Ação sobre estado das pessoas, objetivando, em essência, eliminar falsidade constante do registro civil Imprescritibilidade DNA excludente da paternidade. Procedência da ação decretada no Tribunal (art.515, § 3º, CPC). Apelação provida (Apelação Cível n. 350.979-4/0 Santo André 2ª Câmara de Direito Privado 01.02.05 V.U)

Em contrapartida, notou-se que em alguns Tribunais predomina jurisprudência com assento nos vínculos socioafetivos da paternidade, sendo indeferidos, constantemente, pedidos que visam a desconstituir paternidades entendidas como já estabelecidas. Nesses casos, os argumentos mais empregados na jurisprudência são: “verificação de paternidade socioafetiva”, “comprovação de estado de filho”, “inexistência de vício de consentimento no ato registral”, “o reconhecimento espontâneo da paternidade é irrevogável”, “vínculos parentais se definem mais pela verdade social do que pela realidade biológica”, “situação semelhante à adoção à brasileira”, necessidade de se “perquirir acerca da existência de vínculo afetivo”.

Destaca-se, abaixo, exemplo coletado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.

O reconhecimento espontâneo de paternidade por quem suspeita não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção e possui os mesmos efeitos jurídicos desta, ou seja, irrevogabilidade e irretratabilidade. Dessa forma, para que haja a anulação do registro civil, deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico. Negaram provimento à apelação. (TJRGS - 70012562872 Julgamento: 27/10/2005)

Sem qualquer pretensão de proceder a um tratamento estatístico ou a aprofundadas análises

quantitativas da amostra, efetuou-se rápida quantificação, comparando-se ementas de dois Tribunais cuja jurisprudência foi objeto de análise. Assim, pode-se dizer que, na amostra pesquisada, um dos Tribunais alegou a primazia da paternidade socioafetiva em 86% das ementas consideradas na pesquisa, enquanto o outro Tribunal atribuiu mérito ao critério biológico da paternidade em 84,2% das ementas da amostra, sugerindo, talvez, um certo conflito ou paradoxo, quanto à definição da paternidade.

Foi observado, portanto, que nos Tribunais onde há pacífica tendência pela definição da paternidade por critérios biológicos, desconstitui-se com mais frequência paternidades do que nos Tribunais que privilegiam vínculos socioafetivos. Dessa maneira, cabe analisar que, se por meio da investigação de paternidade a nova tecnologia possibilita acrescentar o nome do pai em registros de crianças antes vistas como filhos de pais desconhecidos, o uso exclusivo do critério biológico para desconstituir paternidades facilita àqueles que sempre conheceram o pai a passarem, agora, à categoria de ex-filhos, ou quem sabe, podem ser filhos de um pai que lhes é desconhecido.

Conclusões

Compreende-se que o ajuizamento de ação negatória de paternidade pode acarretar sensível sofrimento ao indivíduo, que participará de exames periciais nos quais será avaliado se é filho de seu pai, neto de seu avô e primo de seus primos, ou ainda, quem sabe, por meio de uma gota de sangue terá uma de suas linhagens modificada, tornando-se, agora, ex-filho, ex-neto e ex-primo. Além disso, no curso do processo, atravessará longo período de incerteza quanto à sua filiação e, em última instância, sobre sua identidade. Pode-se pensar, ainda, no impacto que uma sentença, com o argumento de que houve falsa declaração no registro de nascimento pode causar a uma pessoa que, por anos, conviveu e se relacionou com aquele que sempre considerou seu pai.

Vista por muitos como indiscutível, nova e precisa, a prova genética pode, à semelhança de um detector de metais, impedir a permanência da pessoa em um conhecido e estável lugar na cadeia de gerações. Com esta compreensão, desconsidera-se que a prova de filiação pode ocorrer por meio do reconhecimento da posse de estado de filho, como explicam diversos juristas como Fachin (2005) e Lôbo (2003) na análise de artigos do Código Civil.

Acredita-se na prova de compatibilidade genética como procedimento eficaz para aferir semelhanças dessa mesma ordem. Estender o resultado da prova à confirmação da paternidade supõe-se prematuro, fortuito, na medida em que, para tal averiguação, são necessários dados que não podem ser resumidos às análises laboratoriais. Entende-se, ainda, que o exame de DNA é uma perícia, que não pode ter efeito de norma.

No que abrange as mudanças que ocorreram em ordenamentos jurídicos, verificou-se que, na década de 1970, a legislação de diversos países europeus foi alterada, facilitando a contestação da paternidade e respondendo, assim, às reivindicações da época. A partir das mudanças vivenciadas nas relações familiares naquele período, elevado era o número de filhos havidos fora do casamento, discriminados como ilegítimos. Dessa maneira, a reforma na legislação colaborou com a extinção da desigualdade entre diferentes tipos de filiação.

No Brasil, contudo, não houve mudanças de tal amplitude na legislação na década de 1970. Foi com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, que se igualou distintas filiações extinguindo-se a figura do filho ilegítimo e reconhecendo-se a existência de diferentes organizações familiares. Nota-se, todavia, que sancionado o Código Civil Brasileiro, no ano de 2002, a imprescritibilidade dos prazos para a contestação da paternidade, anseio da década de 1970, parece não responder as expectativas quanto à definição da filiação que surgem na atualidade. É precisamente em um período no qual as relações conjugais tornam-se mais instáveis e breves, com crianças inseridas em diversas organizações familiares, que despontam, com maior frequência, disputas sobre a filiação, sendo necessário estabelecer critérios que possam trazer segurança às relações de parentesco. Evidencia-se, portanto, que as reivindicações e condições que deram origem às alterações legislativas de alguns países, na década de 70, não são as mesmas que se observa no terceiro milênio. Não resta dúvida de que, uma coisa é reconhecer que o progresso da genética traz fim à idéia de pai desconhecido, outra coisa é utilizar o resultado desses exames para negar filiações constituídas, reconhecidas socialmente, firmadas publicamente por vontade própria.

Nesse sentido, parece que hoje se vem transferindo a verificação sobre a legitimidade da filiação para o campo das provas genéticas. Pode-se questionar, em consequência, que classe de pais nossa sociedade está fabricando, como expressa Legendre (1996). Pais incertos, voláteis, aos moldes de uma cultura de consumo, ou ainda, para consumidores sempre a procura de um produto melhor? Será que se caminha, agora, para uma paternidade líquida, utilizando-se, aqui, o adjetivo no sentido que Bauman o

emprega?

Compreende-se, portanto, que se antigamente a contestação da paternidade não era bem vista, pois poderia abalar a família matrimonializada, hoje, a indicação para que se estabeleçam prazos para a contestação encontra fundamento na idéia de que a paternidade não deve ser alterada na mesma velocidade com que são desfeitos os laços conjugais. A paternidade é um norte para se definir a individualidade e o lugar de cada um na rede de parentesco, lugar aos quais se atribuem direitos, obrigações e interditos.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. Barcelona: Paidós, 2006.

BELLEAU, Hélène. Être parent aujourd'hui: la construction du lien de filiation dans l'univers symbolique de la parente. *Enfances, familles, générations*, n.1, Automne 2004. <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008891ar.html>. Acesso em 11/07/2005.

BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador: Yussef Said Cahali. 7.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRITO, Leila M. T. e AYRES, Lygia S. M. Destituição do poder familiar e dúvidas sobre a filiação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 26, p.129-143, out-nov. 2004.

BRITO, Leila M. T. Paternidades contestadas: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLEINMAN, Betch. As famílias do biocapital. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3.2001. Anais... Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2002, p.489-503.

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. 2005. Anais... Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2006, p.15-28.

FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1992.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino na família brasileira contemporânea. In: BRUSCHINI, C. e UNBEHAUM, S. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC: Ed. 34, 2002, p.267-293.

FONSECA, Cláudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 12(2), p.13-34, maio-agosto 2004.

FULCHIRON, Hugues. Egalité, vérité, stabilité: the new french filiation law after the Ordonnance of 4 July 2005. In: BAINHAM, Andrew (Ed.) *The International Survey of Family Law 2006*. Bristol: Jordan Publishing Limited, 2006, p.203-216.

HAMAD, Nazir. A criança adotiva e suas famílias. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HURSTEL, Françoise. As novas fronteiras da paternidade. Campinas: Papirus, 1999.

LEGENBRE, Pierre. El inestimable objeto de la transmisión. México: Siglo Veintiuno, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEROYER, Anne M. et ROCHFELD, Judith. *Legislation Française*. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Ed. Dalloz, n.4, p.836-843, out/dec. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz. N. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária? *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano V, n.19, p. 133-156, ago/set.2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: MARQUES NETO et all. *Direito e*

Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p.18-37.

MOURA, Cândia B et OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. Revista Brasileira de Direito de Família, vol.6, n.27, p.72-95, dez-jan.2005.

SARTI, Cynthia. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo (Org.). A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC, 2000, p.39-50.

SAUWEN, Regina F. e HRYNIEWICZ, Severo. O Direito "in vitro". Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

THÉRY, Irène. Différence des sexes et différence des générations. Malaise dans la filiation. Esprit: Paris, dez 1996, p.65-90.

TINANT, Eduardo. El rol del derecho en la construcción del paradigma bioético. In: LOSOVIZ, A., VIDAL, D. Et BONILLA, A. Bioética y salud mental. Buenos Aires: Libreria Akadia Editorial, 2006, p.41-72.

VERDIER, Pierre. Adoption et procréation médicalement assistée: quelles différences?. In: NEYRAND, G. (Dir.). La famille malgré tout. Panoramiques, n.25, 2 trim. 1996, p.87-89.

VERDIER, Pierre. Loi, vérité et filiation: le droit peut-il organiser le déni des origines? In: LE GALL, Didier et BETTAHAR, Yamina (Dir.). La pluriparentalité. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p.125-138.