

PATERNIDADE: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO

Apontamentos sobre o contrato de união estável

Ana Carolina Brochado Teixeira

Sumário:

1. Introdução
2. Menor: Sujeito de Direitos
3. Revisitando o conceito de paternidade
4. Mudança epistemológica: Teoria da Afetividade
5. Efeitos da transformação do pensamento.
 - 5.1. Guarda Compartilhada
 - 5.2. Paternidade socioafetiva
6. Conclusão
7. Bibliografia.

1. Introdução

Revisitar o conceito de paternidade, para compreender um pouco das mudanças que vem sofrendo, significa a construção de uma nova concepção do "ser pai". As mudanças na paternidade foram um reflexo das inúmeras transformações ocorridas na contemporaneidade, que se refletem na ordem jurídica.

Pensar a paternidade, sob uma perspectiva relacional, demanda uma análise do outro pólo da relação: o filho, sob o enfoque do ser criança e adolescente. Estes são alvos de direitos que antes não lhes eram concedidos da forma tão contundente como hoje, e que ganharam o status de fundamentais, dada a sua essencialidade e funcionalidade para o pleno desenvolvimento da personalidade da criança. Um desses direitos irrenunciáveis consubstancia-se na convivência familiar, mantendo-se o menor integrado na comunidade familiar, com vistas à preservação dos laços com os seus ancestrais.

2. Menor: Sujeito de Direitos

A Constituição de 1988 instalou um novo paradigma para o Direito de Família Brasileiro. Seu advento inseriu-se em um fenômeno mundial, a repersonalização do Direito Civil, cujo eixo central e estruturante passou do patrimônio para a pessoa, elevada que foi ao valor máximo do ordenamento.

A Carta Constitucional de 1988 assimilou essas modificações axiológicas, elegendo a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da ordem jurídica. Para tanto, fez-se necessária a consagração de direitos fundamentais que visassem à proteção da pessoa, além da releitura dos institutos à luz da Constituição, inaugurando uma nova hermenêutica.

Muito mudou, principalmente com a imposição, pelo legislador constituinte, de deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, uma vez que as relações jurídicas existenciais passaram a ter primazia frente às relações patrimoniais. São preciosas as lições de Gustavo Tepedino:

"Se o Século XX foi identificado pelos historiadores como a Era dos Direitos, à ciência jurídica resta uma sensação incômoda, ao constatar a sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direitos conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas européias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (standards) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os

contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto."

A Constituição trouxe a lume o ápice da mudança ocorrida na concepção de família no decorrer dos tempos. Antes, tratava-se de uma instituição matrimonializada, patrimonializada, onde o chefe de família traduzia uma pequena evolução do pater famílias. Era ele quem concentrava e assumia a direção da sociedade conjugal e da educação dos filhos. Todos os demais se curvavam aos seus (des)mandos.

Com o passar do tempo e a necessidade da inserção feminina no mercado de trabalho, muito mudou na família. A mulher passou a ser agente contribuinte da subsistência familiar, sentindo-se no direito de opinar e compartilhar as rédeas diretoras do núcleo familiar. Permitiu-se amar e constituir uma família por amor, ter filhos por amor... Esta deixou de ser um núcleo de produção econômica para tornar-se um pólo de companheirismo e de afeto, com a valorização de cada um de seus membros. Passou a ser funcionalizada em razão de seus componentes e não estes em função daquela, com valorização e compromisso dos vínculos afetivos. A família percorreu um itinerário de liberdade, em razão do aprofundamento afetivo ocorrido no interior do grupo, que lhe deram novo rosto.

Hoje subsiste uma família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual, com uma vivência mais eudemonista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal. Este é o novo paradigma, que vem substituir o da família patriarcal. Não é mais o patrimônio o seu valor fundamental, sendo esta um instrumento de realização pessoal de seus membros.

Passou a ser merecedora de tutela pelo simples fato de existir - independente da forma que assuma -, sendo meio de desenvolver a personalidade dos filhos e promover a dignidade de seus integrantes.

Nas preciosas lições de Pietro Perlingieri:

"O reconhecimento normativo, contido no art. 2º Const., do primado da pessoa e o reconhecimento das formações sociais como sendo colocadas ao seu exclusivo serviço acompanham-se à contextual afirmação dos deveres de solidariedade. Nesse sentido, subsiste uma dignidade originária entre liberdade e responsabilidade. A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas, sim, a função, o fundamento da sua própria titularidade."

Tendo em vista o novo objetivo do ordenamento jurídico de tutelar as pessoas, a criança e o adolescente passaram a ser alvos de proteção especial, dada a sua fragilidade e sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, que deve ser assegurada pela família, sociedade e Estado. Em decorrência de tais mudanças, o menor passou a ser o eixo central da família. Em outras palavras, passou a ser seu "novo interlocutor".

A criança e o adolescente tornaram-se os pivôs do Direito de Família, e alvos de Princípios Fundamentais, como o da Proteção Integral, da Paternidade Responsável, e o do seu Melhor Interesse, consentâneos do princípio constitucional máximo da preservação da Dignidade da Pessoa Humana. Reservaram a eles absoluta prioridade, sendo dever da família assegurá-la, visto que são pessoas em desenvolvimento.

Estabeleceram-se seus direitos fundamentais no art. 227 da CF/88 e nos arts. 3º, 4º, 15, 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, entre eles a convivência familiar e comunitária, posto ser a convivência social um dos pilares estruturadores da personalidade e centro do exercício de cidadania.

O ECA concretizou e expressou os direitos da criança e do adolescente, colocando em relevo o seu valor intrínseco como ser humano, e a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento. A criança não é mais mero objeto da intervenção da família e do Estado, mas sim, titular de direitos, sujeito de direitos, os quais devem ser respeitados, principalmente pelos pais.

Deixaram de ser apenas um "vir a ser", considerando-os em sua situação concreta e real. Aliás, passaram a ser alvos da ação promocional do Estado, da família e da sociedade, de modo que essas "entidades" passassem a dirigir suas ações não só à sua proteção, mas ao desenvolvimento da sua personalidade. Segundo Bernardo Leôncio Moura:

"Permitir o desenvolvimento das aptidões físicas e espirituais, e condições de liberdade e dignidade, para sua integração na sociedade, conforme princípios consagrados na Declaração Internacional dos Direitos da Criança. (...) Para o Direito da Criança, esta deixou de ser objeto de

direito (apenas objeto de ações de proteção), para se tornar sujeito de direitos dentro do ordenamento jurídico, sendo que esta qualidade de sujeito constitui seu fundamento essencial." Deve ser assegurado aos menores um crescimento biopsíquico saudável, e, principalmente, a capacidade de manter relações pessoais significativas. Assim, busca-se a preservação da interação com o meio em que vivem.

Atualmente, não há dúvida de que os elos familiares devem ser valorizados. Mesmo porque, inclusive no âmbito legal, as crianças e os adolescentes não agem isoladamente; eles compõem um contexto social, de interação direta e permanente com a família, a sociedade e o Estado.

Com vistas à preservação desses novos sujeitos de direito, institucionalizaram-se novos princípios fundamentais.

O princípio norteador deste novo quadro de referências foi o do bem do menor, que deve ser respeitado irrestritamente, o qual aparece em modelos jurídicos constituídos por ideologias diversas.

A doutrina jurídica da proteção integral e do melhor interesse teve como origem os instrumentos de direito internacional oriundos, principalmente, das Nações Unidas, dos quais se destaca a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710, de 21/11/1990.

Consta nessa Convenção o Princípio do Melhor Interesse, ao que se conclui tratar-se de um princípio vigente em nosso ordenamento jurídico, por força do art. 5º, § 2º da Carta Constitucional.

Além disso, reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Além disso, garantiu-se outros direitos alçados à condição de fundamentais, como o direito ao nome e à identidade, com vistas a preservar seus laços culturais e lingüísticos.

Despiciendo anotar que, além dos direitos e garantias especiais, são aplicáveis à criança e ao adolescente todos os direitos inerentes à pessoa humana, como previsto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Revisitando o conceito de paternidade

Em razão de tais mudanças, transformaram-se, também, os modos de relacionamento no trânsito familiar, uma vez que se constatou a necessidade da participação de ambos os pais na criação dos filhos.

Nas lições da doutrina, "as transformações jurídicas da família repercutiram na disciplina da filiação, que auxiliaram na mudança dos conceitos de paternidade."

Simultaneamente ao fato de a mulher ter saído de casa em busca da sua inserção mercadológica, os pais se viram compelidos a assumir um espaço maior no âmbito doméstico, seja sob o aspecto das atividades do lar, seja em uma atuação mais presente junto aos filhos, na sua vida, educação e cotidiano.

O crescimento notável da participação das mulheres no mercado de trabalho fez com que, cada vez mais, as crianças sejam criadas por uma mãe que combina a tarefa de educar seus filhos com aquela de um trabalho exterior ao lar: tal acúmulo de tarefas só pode se fazer com uma transferência e um compartilhar de responsabilidades educativas, tradicionalmente assumidas pela mãe, a outros agentes (creches, pais, parentes, escolas).

Talvez, de todas as mudanças sentidas, a que provocou maior impacto na questão de responsabilidade parental foi a redescoberta do "amor paterno". Os "novos pais", porque envolvidos numa paternidade mais próxima de seus filhos, desde o nascimento destes (e não após uma certa idade, como ocorria até recentemente), reclamam cada vez mais o seu papel nas famílias desunidas, e não se contentam com as "migalhas" que lhes são atribuídas por uma titularidade de autoridade que encontra óbices no exercício cotidiano da paternidade. É patente o desejo de uma presença, física e espiritual, mais constante e permanente na vida e na educação dos filhos, que se consubstanciam no real e verdadeiro exercício da função paterna, tão relevante para a criança, conforme os ensinamentos da Psicanálise:

"Se na contemporaneidade o pai se faz plural, visitar esta pluralidade pode dar consistência ao nome do pai, fazendo emergir alguma palavra no lugar da carência, alguma palavra que nos

momentos necessários possa socorrer a criança. Esse nome é a única transmissão possível capaz de marcar a lei na constituição da criança."

Essa possibilidade do verdadeiro exercício da paternidade foi fortalecida pelo Princípio Geral de Igualdade inserto na Constituição Federal de 1988, nos arts. 5º, I, e 226, § 5º. O pai, antes um ditador autocrata da célula familiar, que fazia preponderar a sua vontade sobre o desejo de todos os componentes, passou a ser mais um membro da família, agora funcionalizada para o bem-estar dos seus membros, principalmente dos filhos, por serem merecedores de atenção prioritária.

Essas novas concepções foram associadas à reivindicação masculina de participação mais ativa na educação dos filhos, não aceitando mais a cômoda posição de "pais de fim de semana", reforçando a idéia de uma divisão mais igualitária para a educação desses.

Colocou-se aos genitores o desafio de saber separar os limites do fim da conjugalidade e da eternidade da parentalidade. Independente de os pais estarem juntos ou separados, é desejável a preservação dos laços da parentalidade, com vistas à continuidade do exercício do poder familiar ou responsabilidade parental. Nosso ordenamento jurídico dispõe que o poder familiar é exercido conjunta e igualmente pelos genitores. Sob o enfoque civil-constitucional, este instituto ganhou nova roupagem, uma vez que o menor, também sujeito de direitos, passou a ter voz ativa e a ser um co-partícipe na sua educação.

Também não podem ser ignoradas as circunstâncias em que a mãe faz do filho uma MOEDA DE TROCA do fim da conjugalidade, utilizando-o para alcançar outros fins, tais como atingir o ex-cônjuge ou ex-companheiro, um aumento de pensão alimentícia ou qualquer outra vantagem - muitas vezes, obstaculizando o relacionamento paterno-filial. Isto é, coisifica o filho e sua relação com o genitor em nome de interesses outros. Não respeita a sua condição de sujeito de direito. Os estudos psicanalíticos captaram essa interferência materna excessiva e estão auxiliando na solução dos casos concretos, no âmbito do Direito de Família, na compreensão mais aprofundada das relações familiares, como é o caso da psicanalista Fernanda Otoni de Barros:

"Percebemos, em alguns casos, que o direito fracassa diante do imperativo materno. O que se evidencia é que a criança tem acesso ao pai que a mãe consente, e o pai apresentado é sempre uma versão do seu amor, que se assenta na trama edipiana. Essa discordância entre o desejo da mãe e o nome do pai vai ganhar relevo nas páginas processuais e ser falada nas audiências. Todas as saídas possíveis para a constituição desta pergunta sobre a paternidade serão atravessadas pelo desejo materno, no momento de sua formulação. Pois o que estes casos revelam é que a mãe porta a chave de acesso ao pai."

Afinal,

"Esta é a herança de um pai: o nome transmitido por amor. Para isso, a mãe deverá ter dado lugar ao nome do pai. Esta ordem precede a ordem jurídica, apesar de ser a condição de sua eficácia. Se a função paterna é introduzir a lei, tornando-se autoridade, é função materna dar ao pai um lugar digno de ser amado."

Não obstante alguns empecilhos encontrados no caminho, os pais vêm compreendendo que participar da educação dos filhos não é tê-los em sua companhia tão-somente nos finais de semana. Mesmo porque as visitas esporádicas não são capazes de garantir a intimidade entre pai e filho.

A paternidade só se faz possível através da participação no cotidiano da criança, acompanhando sua rotina, suas dúvidas e suas descobertas. Além disso, a integração paterno-filial possibilita o desenvolvimento do menor, seu bem-estar, além de sua inserção social. Por isso, é fundamental a presença do afeto nas relações paterno-filiais, como descreveu o ilustre doutrinador Luiz Edson Fachin:

"o amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho."

Os ensinamentos psicanalíticos de Jacques Lacan pregam que família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por um homem, uma mulher e filhos. Ela é, antes, uma estruturação psíquica, em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos.

Sem dúvida, é possível ocupar esses lugares, estando os pais juntos ou separados, mas ambos voltados para aqueles que simbolizam que o relacionamento amoroso não fracassou completamente, ou seja, os filhos, que devem ser preservados o tanto quanto possível do litígio entre os pais.

Os filhos precisam dos dois genitores. Aliás, têm o direito de personalidade, consagrado constitucionalmente, a conviver com ambos os pais de forma plena e livre, o que os ajuda a preservar a referência familiar e a minorar as perdas advindas pela separação dos genitores. Houve uma mudança no olhar da questão: além de um direito do pai ao convívio com o filho, o mais relevante é o direito fundamental da criança ao convívio paterno.

Passou-se a falar no DIREITO AO PAI, através de uma redescoberta do conceito de paternidade. O art. 227 da Carta Magna estabelece ser Direito Fundamental da criança o direito à convivência familiar. Tem se tornado desejo do pai e dos filhos estarem juntos por mais tempo, com maior alargamento do exercício da paternidade.

"A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen."

A tríade "pai-mãe-filho", tão discutida a partir dos escritos de Sigmund Freud, envolve, sobretudo, a figura paterna na estruturação da criança em fase de desenvolvimento. A privação paterna implica, entre outros aspectos, a privação da sua história, do contexto de vida de seus antepassados, de sua cultura e de seus valores. O elemento de maior riqueza do ser humano, que lhe dá característica ímpar, é o fato de ele ser fruto de duas pessoas diferentes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, datada de 1989, ressalta a importância da manutenção e continuidade dos laços da criança com a linhagem materna e paterna, sendo esta uma forma de preservar seu maior interesse. A importância desta questão foi apreendida por Lacan:

"O homem, desde antes de seu nascimento e para além da morte, está preso na cadeia simbólica que fundou a linhagem, antes que nela seja bordada a história."

É este o referencial da paternidade, para que os filhos possam crescer de acordo com a trilogia da proteção integral, ou seja, com LIBERDADE, RESPEITO e DIGNIDADE. Neste sentido, o art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

"Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

(...)

V- participar da vida familiar e comunitária sem discriminações."

Não se pode restringir o direito constitucional da criança à liberdade, sob pena de estar causando um prejuízo, ainda incomensurável, à vida dos menores, pessoas em desenvolvimento, que necessitam da referência paterna - esta só possível através da convivência familiar - para se desenvolver de forma sadia em todos os aspectos, sejam eles físico, emocional, afetivo e psíquico. E aconselha a psicóloga judicial Fernanda Otoni de Barros:

"É necessário que ocorra uma triangulação onde a paternidade (função paterna, autoridade) e a maternidade (maternagem, amor e compreensão), mesmo em caso de separação dos pais da realidade, estejam presentes na constituição da criança. É preciso conjugar autoridade e amor."

Ademais, é dever do pai velar pelo crescimento em plenitude do filho. As visitas/convivência familiar, em decorrência do status constitucional, tornaram-se não só direitos dos genitores e da criança, mas também, deveres.

"Não será demasiado repisar que o direito de visitas não se estrutura como objeto de prazer pessoal dos genitores, predispondo-se, antes, como DEVER, à tutela de necessidade própria do desenvolvimento adequado da personalidade dos filhos, devendo seu exercício manifestar, assim, a natural preocupação do bem-estar destes que envolve toda a concepção das faculdades do pátrio poder."

Não cabe mais o status de PAIS DE FINAIS DE SEMANA, antiga concepção do exercício da paternidade, em que ficava a cargo quase total da mãe a criação e educação da prole e ao pai caberia o papel de eterno provedor, da ex-cônjuge/ex-companheira e dos filhos.

Os pais se recusam a cumprir um papel periférico na vida e no cotidiano dos filhos. Não aceitam o lugar de visitante quinzenal. Desejam continuar assumindo, juntamente com a mãe, a responsabilidade pela formação e o convívio com os filhos, pois este é um direito seu, como pai. Entretanto, com a evolução e transformação dos costumes, houve também uma mudança de paradigmas, pois a paternidade é uma função exercida, aprendida e compartilhada. Certamente, a verdadeira e grande evolução do gênero masculino, no último século, ocorreu em relação ao exercício da paternidade, que se caracteriza hoje por uma efetiva participação que

antes não havia.

"A paternidade passa a ser, nesse sistema, na perspectiva da filiação, um direito. A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade."

Ora, a modernidade, com todas as descobertas científicas que advieram com ela, como o exame em DNA, convoca os pais a uma efetiva responsabilidade em relação aos filhos, impondo-lhes obrigações materiais, maior participação no desenvolvimento dos filhos nas várias etapas de sua formação.

Os operadores do Direito não podem fechar os olhos a essa nova realidade e simplesmente apegar-nos aos velhos conceitos, como aquele de que a criança precisa muito mais da mãe do que do pai. Ora, toda criança necessita da presença materna e paterna para se transformar em pessoa completa, serena e feliz. Mesmo que não existam a presença física e concreta do pai e da mãe, é vital para a criança pessoas que possam cumprir as funções materna e/ou paterna em sua vida, seja um avô ou uma tia, por exemplo. Em muitos casos, a própria criança, na falta de um pai ou de uma mãe, elege um "pai" ou uma "mãe" simbólicos, conseguindo, com isso, se estruturar biopsiquicamente como sujeito.

Não podem ser ignorados, também, os casos em que a mãe não tem nenhuma vocação para o exercício da função materna. Já não cabe, atualmente, a idéia de que o filho, independente da idade, deva ficar com a mãe. Seria um preconceito que o Direito não pode admitir.

Atribuir a guarda de uma criança a uma mãe que, de fato, não deseja exercê-la, causa muito mais malefícios ao filho, do que se não os tivesse sob sua companhia. A figura cultural do "instinto materno" vem sendo derrubada pela psicologia, principalmente com a mudança paradigmática, em que os homens vêm assumindo um papel ativo na criação dos filhos, exercendo a paternidade plena e integralmente.

Não se pode mais aceitar a concepção de que a mãe, por pior que seja, é quem deverá ficar com o filho e que o pai não sabe cuidar do mesmo tão bem como a mãe. O Direito sabe que isto não é verdade, como demonstrou através das previsões contidas na Carta Constitucional e no ECA, ao disporem que a criança/adolescente deve ficar com o genitor mais capacitado de zelar pelo seu melhor interesse.

O Juiz titular da 5ª Vara de Família e Sucessões de Florianópolis lecionou que

"Constatando que, na maioria dos casos, quem cria o filho menor é a mãe, se deduziu legalmente e jurisprudencialmente que o interesse presumido da criança era o de que fosse confiado de imediato à mãe. Contudo essa apreciação, a priori, pode ser descartada se se verifica que o interesse da criança exige que a autoridade parental seja confiada ao pai. (...)

Seja qual for a orientação legal, a verdade é que o maior bem do menor, que deve guiar o juiz, é o de buscar o que é mais vantajoso quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio."

No mesmo sentido, são os ensinamentos da mais moderna Psicologia, que vem recepcionando as mudanças de paradigmas, principalmente quanto às ilusões sobre o Mito do Amor Materno:

"É em virtude desta 'natureza boa' que se formula o seguinte silogismo: dado que a espécie sobrevive e que o amor materno é necessário a essa sobrevivência, o amor materno exige necessariamente. Quanto a mim, estou convencida de que o amor materno existe desde a origem dos tempos, mas não penso que exista necessariamente em todas as mulheres, nem mesmo que a espécie só sobreviva graças a ele. Primeiro, qualquer pessoa, que não a mãe (o pai, a ama, etc.) pode 'maternar' uma criança. Segundo, não é só o amor que leva a mulher a cumprir seus 'deveres maternos'. A moral, os valores sociais, ou religiosos, podem ser incitadores tão poderosos quanto o desejo da mãe. É certo que a antiga divisão sexual do trabalho pesou muito na atribuição das funções da 'maternagem' à mulher, e que, até ontem, esta se afigurava o mais puro produto da natureza.(...)

Não será, porém, chegado o momento de abrir os olhos para as perturbações que contradizem a norma? E mesmo que essa tomada de consciência da contingência ameace nosso conforto, não será necessário levá-la realmente em conta para redefinir nossa concepção de amor materno? Isso nos proporcionará uma melhor compreensão da maternidade, benéfica tanto para a criança quanto para a mulher."

Enfim, os pais desejam continuar assumindo a responsabilidade pela formação e o convívio com o filho, pois este é um direito - e um dever - seu, como pai.

4. Mudança epistemológica: Teoria da Afetividade

A mudança havida no comportamento dos pais e na concepção de paternidade - que está em mutação - ocorreu em função da valorização do afeto, que foi alçado à condição de princípio jurídico.

Este princípio tem sede constitucional, dada a relevância da afetividade na consolidação de uma entidade familiar, bem como na estruturação psíquica de seus membros. O exercício pleno da paternidade traz em si uma densa carga de afeto, no desejo de TORNAR-SE, VERDADEIRAMENTE, PAI. É este desejo, condutor do afeto, o grande diferencial para determinar a verdadeira paternidade, que gera deveres para com o filho, que consiste em assumir o poder familiar em toda a sua inteireza, provendo o sustento, educação e concedendo à prole gerada o direito à convivência familiar.

O Código Civil de 2002 inova em relação à valorização da afetividade e da intenção para determinar do vínculo de filiação. Em seu artigo 1.597, V, prevê a presunção de filiação para os filhos concebidos utilizando-se a técnica da inseminação artificial heteróloga, havendo prévia autorização do marido. Assim, abre espaço para vínculos socioafetivos, desvinculando-se do liame eminentemente biológico, além de, implicitamente, prever que a garantia da paternidade é movida pelo compromisso do afeto, exteriorizado no Termo de Consentimento Informado, assinado pelo pai antes de sua esposa/companheira se submeter às técnicas de Reprodução Humana Assistida.

O vínculo do amor é o mais importante e significativo na vida de qualquer pessoa, principalmente de uma criança. Esta lição e demonstração da valorização do afeto acha-se consignada desde a antigüidade, na Bíblia. O astuto Rei Salomão, para dirimir o litígio entre duas mulheres que diziam ser mães de uma criança não se serviu de nenhum critério que necessitasse a análise da natureza biológica da criança, mas sim, na circunstância de amar e servir. O ilustre jurista João Baptista Villela tratou, com a maestria que lhe é peculiar, sobre a "sentença de Salomão":

"Salomão simplesmente pôs à prova o amor à criança por parte das querelantes. Sua capacidade de renúncia em favor do filho. O dom de si mesmas. Não buscou o lúcido filho de Davi assentar a verdade biológica, senão, antes, surpreender a capacidade afetiva, pois nem sempre aquela que gera é aquela que mais ama. Pode mesmo odiar ao extremo da morte. A sentença foi expressão de uma inexcedível sabedoria. Digna de ser tomada como a norma de ouro para todos os tempos e lugares. Ouso, portanto, sustentar que o texto bíblico, na conhecida passagem, não nos dá nenhuma garantia de que a mãe atendida tenha sido a mãe biológica. Mas nos dá muito mais do que isso. Dá-nos uma admirável e simples lição de maternidade."

A valorização jurídica do afeto foi a grande revolução do século XX. Tanto que o insigne jurista João Baptista Villela fez uma interessante associação: o amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito Obrigacional.

É a afetividade é o instrumento viabilizador do exercício da paternidade, contribuindo com o crescimento biopsíquico saudável da criança/adolescente e, por conseguinte, preservando seu maior interesse, de acordo com o que determina as diretrizes constitucionais, norteadoras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. Efeitos da transformação do pensamento.

5.1. Guarda Compartilhada

Neste contexto de igualdade e afeto, vem se popularizando, no Brasil, o instituto da Guarda Compartilhada, segundo o qual os genitores, não obstante separados, dividem a responsabilidade parental, decidindo conjuntamente as principais questões da vida do filho, de modo a propiciar uma intensa participação de ambos os pais na vida da criança, isto é, uma divisão do tempo e dos deveres para com os filhos entre os genitores, que não têm, necessariamente, que ser a metade. É um modelo que vem sendo construído e moldado e, como tudo em Direito de Família, dependente da análise do caso concreto, do histórico e da particularidade de cada realidade, dos filhos, dos pais e da forma pela qual a conjugalidade findou.

Sua grande vantagem consiste na noção de que a separação é do casal e não dos filhos. O ideal, pelo menos na maioria das separações, é que os filhos convivam o máximo possível com ambos os genitores, com vistas ao pleno exercício do direito fundamental à convivência familiar.

Embora ainda não exista regulamentação específica, vêm sendo reconhecidas algumas sentenças homologatórias de acordos disciplinando a matéria, não se tendo notícias, ainda, de julgado estabelecendo a guarda compartilhada em casos litigiosos.

5.2. Paternidade socioafetiva

Houve, também, uma superação da verdade biológica, ultrapassando os laços de sangue. Ao verdadeiro exercício da paternidade, na qual se valorizam os laços afetivos, denominou-se, sob a liderança do insigne jurista Luiz Edson Fachin, paternidade socioafetiva, que se caracteriza por uma verdade construída pela posse de estado de filho. Nessa relação, prepondera o suprimento das necessidades do indivíduo chamado por "filho" - independente de ser ou não o descendente biológico -, relativas à educação, alimentação, lazer e, principalmente, afeto e amor.

Valoriza-se o desejo de ser pai e o lugar ocupado pelo "filho". Constata-se que a verdadeira paternidade não é aquela advinda de uma relação unicamente biológica, exigindo a concreta existência da afetividade paterno-filial, construtora da relação entre eles, insista-se.

"A nova família está colocando em cartaz a nova paternidade", já predisse Fachin .

Vige, portanto, a concepção de uma paternidade pautada no agir e no amar. Por isso, há muito, João Baptista Villela preconiza que a verdadeira paternidade "não é um fato da natureza, mas um fato cultural" . Por esta razão, Rodrigo da Cunha Pereira, com base nos ensinamentos de Lacan, ressalta a importância do exercício da paternidade para uma boa estruturação psíquica da criança, uma vez que cria uma constante interação, de modo a possibilitar a criação de um laço. Não há dúvidas de que estruturação psíquica é o que realmente interessa para formação dos laços de família e do sujeito-criança em desenvolvimento.

É necessário que não se perca de vista a importância da função do pai, de modo que ele ocupe uma função estruturante para a criança, só possível com a verdadeira adoção do próprio filho - entenda-se, por adoção, não o instituto jurídico através do qual se deseja criar uma criança que não é o descendente biológico, mas um verdadeiro ato de amor.

"A paternidade afetiva é uma transformação do amor, em que o desejo de ter um filho, posteriormente se amplia no envolvimento de afeto, na entrega e no alicerce da compreensão."

No âmbito jurídico, os princípios e disposições constitucionais, que encontram no afeto o novo valor a compor o Direito de Família, permitem a juridicização da paternidade socioafetiva. Este novo instituto pode ser assegurado por princípios - tais como o da igualdade, da não-discriminação da filiação, por exemplo - cujo regramento torna-se desnecessário, em face de uma hermenêutica constitucional vertida para o primado da pessoa humana.

Também com o advento do texto constitucional, foram eliminadas quaisquer formas discriminatórias entre os filhos. Descabe, portanto, qualquer adjetivação pejorativa; filho é filho, independente da origem, sendo vedada a discussão acerca da origem da filiação.

"A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227, CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na lei 8069/90 (especialmente nos arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócioafetiva, revelada pela 'posse do estado de filho', como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação."

Além disso, o art. 1.593 do referido Código estabeleceu que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem, constituindo, destarte, uma cláusula geral, que comporta outras espécies de parentesco e, por conseguinte, novos paradigmas acerca da paternidade. No mesmo sentido, opina o Prof. Luiz Edson Fachin:

"O contido no art. 1.593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens do parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consangüinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica".

6. Conclusão

Revisitar o conceito de paternidade significa traçar um perfil do papel do pai na vida de um filho. De uma função periférica e de provedor da criança, tornou-se uma figura ativa e participativa em sua vida, exercendo a sua função estruturante, contributiva e essencial para formá-lo como sujeito - não só um sujeito de direitos, mas como sujeito da sua própria vida.

A descoberta do amor paterno traduziu com clareza a mudança dos tempos, em que a mulher ocupou um lugar no mercado de trabalho, propiciando ao pai que ocupe um lugar de maior abrangência na história da criança, tornando-se co-partícipe do seu processo educacional e estrutural. Nasceu, neste processo, o instituto da guarda compartilhada, que define-se em uma divisão de responsabilidades na criação e educação dos filhos, não obstante a separação dos pais.

Atribui-se, destarte, um novo sentido à paternidade, como o exercício de uma função socioafetiva, advinda da convivência diária volitiva e decorrente do desejo de amar. Junto com o renascimento da concepção do "ser pai", nasce a valorização do afeto, como elo a vincular as pessoas, principalmente aquelas que compõem um núcleo familiar .

"A paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade."

A paternidade passa a ser, então, o acompanhamento afetivo da criança, de modo que ela possa ser criada vivenciando a experiência da relação paterna. Não só um pai simbólico, mas um pai afetivo e efetivo, social, que possa lhe ensinar o significado da lei, do limite, do "não", mas que também seja seu companheiro na infundável arte do viver, preparando-a para as alegrias e agruras do mundo moderno.

Tal é o verdadeiro sentido da paternidade, que atende aos interesses da criança, além de respeitar e valorizar a sua dignidade, e de produzir efeito similar no que se refere à pessoa do pai, que pode exercer, na amplitude e beleza da liberdade, a função de pai, que é escolhida e, por isso, se traduz num ato de amor. São nessas condições que o pai poderá transpor os versos de Vinícius de Moraes para sua própria vida:

"Filhos... Filhos?
Melhor não tê-los!
Mas se não os temos
Como sabê-lo?
Se não os temos,
Que de consulta
Quanto silêncio
Como os queremos!
(...)
Mas se não os temos
Como sabê-lo
Como saber
Que macieza
Nos seus cabelos
Que cheiro morno
Na sua carne
Que gosto doce
Na sua boca!
Chupam gilete
Bebem xampu
Ateiam fogo
No quarteirão
Porém, que coisa
Que coisa louca
Que coisa linda
Que os filhos são!"

6. Bibliografia

- BARROS, Fernanda Otoni de. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. Interdisciplinariedade: uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família contemporâneo . Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CARBONERA, Maria Silvana. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In : FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo . Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O bloco de constitucionalidade e a proteção á criança. Revista de informação legislativa, n. 123. Brasília, jul.-set./1994.
- FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. Paternidade - relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1997 .
- LACAN, Jacques. Os complexos familiares. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- _____. Paris: Seuil, 1966, Apud ALTOÉ, Sônia. Régine Mougín-Lemerle. Sujeito de direito. Sujeito do desejo. - Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) O direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva , 1989.
- OLIVEIRA, José Lamantine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de família: direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.
- PELUSO, César. O menor na separação. RJTJSP 80/20.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- VILLELA, João Baptista. Família hoje. Repensando o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, ano XXVII, n. 21, p. 401-19, maio /1979.