



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



***A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE PELO EXAME
DE DNA EM AÇÃO JUDICIAL: UM PARADOXO
DIANTE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE***

RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direito Civil

Recife
2006

RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE

***A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE PELO EXAME DE
DNA EM AÇÃO JUDICIAL: UM PARADOXO DIANTE
DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Fabíola Santos Albuquerque

Recife
2006

Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda de

A atribuição de paternidade pelo exame de DNA em ação judicial: um paradoxo diante do princípio da afetividade / Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade. – Recife : O Autor, 2006.

147 fls.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Filiação biológica - Filiação afetiva. 2. Paternidade – Identificação – Brasil. 3. Filiação – Aspectos jurídicos – Brasil. 4. Paternidade – Aspectos jurídicos – Brasil. 5. Exame de DNA – Brasil. 6. Ação de investigação de paternidade. I. Título.

347.632(81)
346.81015

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2006-024

RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE

A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE PELO EXAME DE DNA EM AÇÃO JUDICIAL: UM PARADOXO DIANTE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Civil.
Orientadora: Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lobo - UFAL

Julgamento: Aprovado

Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira - UNICAP

Julgamento: Aprovado

Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Michel Zaidan - UFPE

Julgamento: Aprovado

Assinatura: [Assinatura]

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Torquato de Castro Jr.

A
João, meu marido,
Thiago e Luciana,
filhos queridos

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, início e fim de todo o conhecimento.

A meu pai, pelo exemplo de honestidade.

A minha mãe, pelo modelo de fé.

A meu marido, pelo apoio inestimável.

A minha tia Dulce, pela ação de educadora.

A Roberto Paashaus, meu eterno agradecimento, pela oportunidade e pela confiança.

A Professora Fabíola Albuquerque, pelas valiosas orientações.

A amiga de todas horas, Angélica Souza Veríssimo da Costa, pelo constante incentivo.

Ao meu primeiro ninho, pelo aprendizado do afeto.

A Professora Mônica Barradas, pelo auxílio estatístico.

Ao CNPq, pela oportunidade da dedicação exclusiva.

Aos Mestres e Doutores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pelo despertar do conhecimento científico.

A Luciana Helena Santos e Josué Valentim Rodrigues, pela colaboração junto às Varas de Família da Capital pernambucana.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram com este trabalho.

*“... o poder de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso,
que é propriamente o que se denomina bom senso ou razão,
é por natureza igual em todos os homens;
e portanto que a diversidade de nossas opiniões não decorre
de uns serem mais razoáveis que os outros,
mas somente de que conduzimos nossos pensamentos por diversas vias,
e não consideramos as mesmas coisas.”*

René Descartes

(Discurso do Método)

Tradução: Maria Ermantina Galvão)

RESUMO

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **A atribuição de paternidade pelo exame de DNA em ação judicial**: um paradoxo diante do princípio da afetividade. 2006. 147 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A pesquisa teve por objeto a identificação e a análise do paradoxo surgido com o princípio da afetividade na determinação das relações paterno-filiais e a atribuição de paternidade realizada pelo Poder Judiciário pelos exames de DNA em ações de estado de filiação, originando uma visão dicotômica no conceito tradicional de paternidade. Partindo das teses biologista, que privilegia exclusivamente a vinculação genética entre pai e filho, e socioafetiva, que está alicerçada no afeto, ficou demonstrado que, em determinados casos, a aplicação da tese biologista não atende ao melhor interesse do filho, aplicável apenas no campo obrigacional. Para se chegar a tais resultados, utilizou-se o método crítico nos estudos teóricos e a análise estatística de dados pesquisados nas Cortes de Justiça brasileiras, que comprovaram o descompasso entre a teoria e a prática do direito de filiação. Foram apresentadas soluções para algumas hipóteses de conflitos entre filiação biológica e filiação afetiva, utilizando-se satisfatoriamente o princípio da afetividade como critério mais adequado para a formação das relações paterno-filiais.

Palavras-chave: Paternidade. Afetividade. DNA. Biologismo.

ABSTRACT

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **The attribution of paternity by the DNA in legal action:** a paradox face the principle of affectivity. 2006. 147 f. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

This research aims the identification and the analysis of the paradox between the use of the principle of affectivity in the determination of parental relations and the definition of paternity used by the Judiciary in legal actions, based on the DNA, what has caused a dichotomy in the traditional concept of paternity. Analysing the biologist thesis, that takes into consideration only the genetic tie between fathers and sons, and the sociological thesis, that is based on the affect, it was proved, in some cases, that the biologist thesis is not the best solution for the children's interest, deserving to be used only in the obligations field. To reach these conclusions, the critical method was used in the theoretical studies and in the statistical analysis of the data researched in Brazilian Courts of Justice, demonstrating the difference between the theory and the practice in parental law. Solutions were presented for some hypothetical conflicts between the biological tie and the affective one, using successfully the principle of affectivity as a more adequate criteria to form relations between parents and sons.

Keywords: Paternity. DNA. Affectivity. Biologism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA DA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.1 ANTES DE TUDO: O QUE SE DEVE ENTENDER POR PATERNIDADE	16
1.2 OS MODELOS DE ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE	20
1.3 A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE NO BRASIL	23
1.3.1 As Ordenações portuguesas e a Consolidação de Teixeira de Freitas	23
1.3.2 O Código Civil de 1916	27
1.3.3 O direito de família após a Constituição Federal de 1988	30
1.3.4 O Código Civil de 2002	34
2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	38
2.1 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO	40
2.2 A AFETIVIDADE EM TRÊS PERSPECTIVAS: PSICOLÓGICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA	47
2.3 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO AFETO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES	58
3 O DETERMINISMO BIOLÓGICO	63
3.1 O VÍNCULO BIOLÓGICO E OS MEIOS CIENTÍFICOS DE CONHECIMENTO DA FILIAÇÃO	63
3.2 MÉTODOS PARA O CONHECIMENTO DA VINCULAÇÃO GENÉTICA	66
3.3 A HERANÇA GENÉTICA COMO VINCULAÇÃO PATERNO-FILIAL	71
4 A SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	77
4.1 O TEOR DA SÚMULA	77
4.2 A FINALIDADE DA SÚMULA	81
4.2.1 A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas	83
4.2.1.1 A Súmula 301 do STJ: ação comunicativa ou ação	

estratégica?	87
4.3 A IMPROPRIEDADE DA SÚMULA 301 NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL	94
4.4 A RESPONSABILIDADE DO JULGADOR	101
4.4.1 A ética do cuidado como contribuição à justiça	104
5 O EMBATE ENTRE AS DUAS TESES: BIOLOGISMO OU AFETIVIDADE?	109
5.1 A AFETIVIDADE COMO ARGUMENTO JURÍDICO	110
5.2 O EMBATE DAS TESES BIOLOGISTA E SOCIOAFETIVA A PARTIR DA SÚMULA 301 DO STJ	114
5.3 HIPÓTESES DO MUNDO FÁTICO	116
6 A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE NO ESTADO DE PERNAMBUCO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA	123
6.1 A ANÁLISE DA AMOSTRA	126
6.2 RESULTADOS DA ANÁLISE ESTATÍSTICA	130
CONCLUSÕES	132
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Na história do direito de família, a filiação oriunda do casamento dos pais sempre foi um recurso à presunção de paternidade, que era atribuída ao marido da mãe (*pater is est quem nuptiae demonstrat*), embora a presunção de maternidade não dependesse do casamento, pois a mãe era sempre certa (*mater semper certa est*). Hoje, porém, diante do estado avançado das técnicas de reprodução assistida, responsáveis pela inserção de figuras como “mãe de aluguel” e “doador” de espermatozoides, aquelas presunções vêm sofrendo mitigações. Do ponto de vista biológico, todavia, tem razão Luiz Edson Fachin ao afirmar que o “eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação” (FACHIN, 1992, p. 21). É exatamente neste último aspecto que reside a presente pesquisa, centralizada na atribuição de paternidade por via judicial, em sede de ação investigatória. Atendendo a um aspecto meramente metodológico, afastou-se as questões pertinentes à investigação da maternidade, originando um corte epistemológico que objetivou isolar o tema para permitir maior aprofundamento, na esteira da melhor doutrina.

Já se pôde ver, então, que a filiação decorrente do casamento estabelece vínculo jurídico entre pais e filhos biológicos ou não. Mas na filiação extramatrimonial (fora do casamento), esse vínculo jurídico não se estabelece automaticamente, fazendo-se necessário o reconhecimento formal da paternidade. Em que pese estar o ato do reconhecimento associado à filiação extramatrimonial, há quem entenda que toda filiação há de ser reconhecida para surtir efeitos jurídicos, inclusive a filiação decorrente do casamento (VENCELAU, 2004, p. 179), pois o ato do pai, marido da mãe, ao se apresentar perante o Cartório de Registro Civil

para proceder à lavratura do registro de nascimento de seu filho, realiza um ato formal de reconhecimento e é a partir daí que se reúnem os dois vínculos: o jurídico e o biológico. Na ausência do reconhecimento voluntário, a via adequada ao estabelecimento da paternidade é a ação investigatória.

No caso da adoção, o vínculo jurídico é estabelecido em processo judicial, que encontra o fundamento não na figura do reconhecimento, mas na vontade, na afetividade que se estabelece entre adotante e adotado, pois entre eles não há vínculo biológico e em relação à família natural do adotado todos os vínculos são cortados, exceto para efeitos de impedimentos matrimoniais.

Seguindo a tradição no direito brasileiro de filiação, que, apesar dos esforços conjuntos da legislação, da jurisprudência e da doutrina, ainda não está organizado de forma sistêmica e segura – e isso já era motivo de observação há quase dez anos atrás (VELOSO, 1997, p. 8) –, é possível reconhecer a presença da tese biologista, que concilia a paternidade jurídica com a paternidade biológica, como também da tese da afetividade, nas relações construídas cotidianamente, no afeto desenvolvido pela convivência, na vontade, na solidariedade, no cuidado desenvolvido entre as pessoas, tratadas pela legislação de forma não sistemática. Postas em xeque a partir da última década do século XX, em decorrência principalmente da massificação dos testes de DNA em ações de estado, as duas teses dividem a doutrina, a jurisprudência e a legislação, criando verdadeiro paradoxo entre a afetividade (não biológica) e o biologismo (sem afeto).

De fato, a contemporaneidade trouxe consigo a ruptura de alguns paradigmas nas relações familiares, não sendo rara a configuração hoje de famílias das mais variadas formas: monoparentais, pluriparentais, mosaico, isossexuais, simultâneas, socioafetivas (LOBO, 2002, p. 41), justamente por isso entendidas mais apropriadamente como entidades familiares, que por sua vez requerem uma releitura de antigas figuras e institutos jurídicos ou até mesmo a inserção de novos modelos. Diante dessa dinâmica das relações humanas, que podem ser facilmente observadas por cada um em seu dia-a-dia, a tarefa dos operadores do direito também se complexifica, sobretudo porque as mudanças implicam, no mais das vezes, em conflitos a serem decididos pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, a pesquisa teve por objeto a análise desse paradoxo que se instalou entre as teses biologista e socioafetiva, para atribuição de paternidade, não deixando de inferir em alguns casos qual das duas teses é a mais adequada ao estabelecimento da filiação, quando não seja possível a harmonização dos vínculos biológico e afetivo numa mesma relação paterno-filial.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa empírica em algumas Varas de Família situadas na Capital do Estado de Pernambuco, bem como consultas eletrônicas via Internet a outras da Região Metropolitana do mesmo Estado, a fim de obter um panorama estatístico que apontasse qual das duas teses vem sendo aplicada pelos magistrados no reconhecimento compulsório de paternidade, em ações investigatórias ou negatórias de paternidade, pelo método da amostragem e análise quantitativa de dados.

Considerando que hoje há uma visão dicotômica entre paternidade biológica e paternidade afetiva, o reconhecimento isolado do critério biológico para atribuição de vínculo jurídico afeta diretamente as partes envolvidas no âmbito psíquico, econômico e social, por resultar de uma relação obrigatória, porém, incompleta, se não houver um conteúdo mínimo de afeto, elemento essencial ao estabelecimento da paternidade plena.

Assim, a consolidação do princípio da afetividade como elemento determinante da paternidade, propicia a discussão das formas de atribuição do vínculo paterno-filial e abre espaço para redimensionar aquela que se baseia exclusivamente na afinidade genética, pois como dito por Luiz Roberto de Assumpção, “a biologização da paternidade comporta questionamentos de variada ordem, uma vez que não se esgota na visão reducionista do mero ato de geração” (ASSUMPCÃO, 2004, p. 204).

Diante desse novo panorama em que se encontra inserido o direito de família, estaria correto atribuir paternidade a quem apenas gerou uma criança, sem que haja nenhum interesse em se estabelecer vinculação afetiva?

O argumento de que o exame de DNA é uma prova científica de grau elevado de probabilidade quanto à certeza de vinculação genética, seria de fato justo para estabelecer um vínculo jurídico entre pessoas que, muitas vezes, nunca se viram fora dos encontros forenses?

A popularização do exame de DNA como meio de prova, em ações de investigação de paternidade, impulsiona o juiz a optar pela segurança que aquele meio de prova representa, porém permite que um conteúdo ético deixe de ser também sopesado, pois há de se

reconhecer que a vinculação genética não é mais, por si só, suficiente para determinação de paternidade, conceito este que hoje está cada vez mais arrimado nas relações de socioafetividade. Encontrar o ponto de equilíbrio entre essas duas vertentes, a fim de aliar uma escolha segura sem prescindir da justiça, no momento de atribuir paternidade por meio de uma decisão judicial, torna-se tarefa de importância social inquestionável.

Atenta ao aspecto social, a pesquisa em tela não se afastou do pensamento apontado por Paulo Lobo como “repersonalizador” das relações de família (LOBO, 1989, p. 53), fenômeno que pode ser considerado irreversível diante da carga “socializadora” inserida no Código Civil, pelo legislador de 2002, que veio minimizar aquela intenção exclusivamente patrimonial presente no Código de 1916, demonstrando que é o homem, em toda a sua dimensão, o centro em torno do qual devem gravitar todos os direitos.

Por outro lado, a atribuição de paternidade pelo Poder Judiciário está lastreada atualmente nos preceitos da Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça do País, que impõe a presunção de paternidade pela recusa injustificada do investigado em se submeter ao exame de DNA. Diante da importância do referido instrumento normativo para o tema em questão, a Súmula foi analisada conforme a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, em que se procurou definir sua finalidade, se estratégica, e nesse caso serviria apenas para atender aos interesses do julgador, ou se comunicativa, no intuito de efetivamente chegar a uma decisão racional verdadeira (HABERMAS, 2002b, p. 109-115).

Expostas as duas teses e comprovado o paradoxo instalado entre a doutrina e a jurisprudência quanto à atribuição de paternidade no direito de filiação brasileiro atual, a

conclusão a que se chegou permitiu estabelecer algumas soluções para situações determinadas, que, longe de se auto-referenciar como verdade absoluta, buscou ser apenas uma tentativa experimental e provisória (DESCARTES, 2003, p. 27).

O texto estabeleceu como marco teórico a Constituição Federal Brasileira de 1988, que contemplou o princípio da afetividade como norteador das relações paterno-filiais, a partir do qual se pôde inferir a problemática do descompasso entre a teoria e a prática no que concerne ao estabelecimento da paternidade, apresentando em seguida o ponto fulcral do eterno dilema do direito, qual seja a opção pela segurança ou pela justiça das decisões judiciais, utilizando-se para esse fim a pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de livros e artigos especializados.

Quanto à estrutura, procurou-se seguir as orientações decorrentes da Associação Brasileira das Normas Técnicas, de 2002 e 2003 e orientações gerais sobre elaboração de textos acadêmicos, utilizando-se o sistema de citações autor-data; palavras em itálico para expressões estrangeiras e títulos de obras no corpo do texto; o uso de aspas para citações transcritas dentro do texto e metáforas; e, por fim, o negrito para identificação das obras bibliográficas referidas.

CAPÍTULO 1

UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA DA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 ANTES DE TUDO: O QUE SE DEVE ENTENDER POR PATERNIDADE

O sistema de parentesco pode ser matrilinear ou patrilinear, o primeiro quando se tem na figura materna a centralização dos poderes e deveres da família, a partir de quem se desenvolve a sucessão e a condução familiar, e no segundo a presença do homem como chefe da família, reunindo nele os poderes e os deveres da representação familiar, servindo de elemento principal para a sucessão dos descendentes. Embora a família de há muito tenha adotado o sistema patrilinear, não é desconhecida do mundo contemporâneo a família matrilinear, sobretudo em comunidades localizadas no continente africano¹, convivendo no mesmo país com o sistema patrilinear. Por se tratar do sistema adotado pelo direito romano-germânico, do qual se originou o direito brasileiro, o estudo parte da evolução desse sistema, afastando o sistema matrilinear por questões metodológicas.

Assim, a atribuição de parentesco entre os indivíduos remonta às cidades antigas de Grécia e Roma, numa época em que cada família tinha na formação religiosa a sua função maior, centralizada sobre um único homem, que era o chefe político e o deus religioso, em

¹ Atualmente encontram-se no continente africano na comunidade Mecanhelas, situada no Niassa, província do interior norte de Moçambique (o sul do país adota o sistema patrilinear) (SAPINA et alii, 2005, p. 1); na localidade de Bailundo, situada na província de Huambo, em Angola (ESTÊVÃO, 2006, p. 1). No Brasil, a comunidade indígena conhecida como Karibes (canibais), do século XVI, adotava o sistema matrilinear (ANTUNES, 2006, p. 4).

torno do qual se realizavam os rituais que lhe eram próprios e exclusivos; assim, cada família tinha seu deus (os manes, antepassados que eram enterrados sob a casa, e se faziam presentes pelo fogo sagrado que permanecia aceso, para ser cultuado) e todos que estavam submetidos a ele lhe rendiam cega obediência, podendo o seu descendente direto (o pai) dispor de seus filhos na vida e na morte (COULANGES, 2006, p. 37-43). Justamente por esse caráter particularista da família, apenas os seus membros poderiam praticar os rituais do seu deus; sem que existissem descendentes daquele chefe da família, o mesmo não poderia fazer jus aos funerais e por isso acreditava-se que a sua alma vagaria eternamente, sem descanso. Receosos da punição eterna, os chefes de família organizavam seus clãs, de modo que não lhes faltassem descendentes, passando, então, a adquirir suma relevância à atribuição de parentesco. Mas não havia preocupação alguma com afeto ou biologismo, pois se por um lado não havia igualdade na filiação, por outro não era vedada adoção: “os historiadores do direito romano, observando com acerto que nem o nascimento nem o afeto foram alicerces da família romana, julgaram que tal fundamento deveria residir no poder paterno ou no do marido” (COULANGES, 2006, p. 45).

Surgiria dali a figura do pátrio poder, centralizada na figura masculina do chefe da família, inicialmente o marido, que se transformava em pai pelo nascimento ou pela adoção dos filhos, e depois era continuada pelo filho varão, quando morria o pai. A mulher não ocupava jamais a figura central do poder sobre a família, era mera coadjuvante e os filhos eram propriedade do pai².

² Esse cenário não ficou muito distante da formação familiar do Brasil civilizado, em razão de sua descendência da grande família do direito romano-germânica introduzida pelo Império Português, na época de sua colonização.

Sendo assim, a atribuição de parentesco exigia um *plus* além do mero nascimento, pois como continuador dos cultos, o descendente tinha que ser originário do casamento: significava dizer que os filhos nascidos fora do casamento não tinham direito à prática dos cultos de seus ascendentes e por isso não prestavam à família religiosa. O casamento realizava a função primordial da procriação legítima, que garantiria a continuidade dos cultos religiosos: “a religião, ao formar a família, exige-lhe imperiosamente a sua continuidade. Família desaparecida é culto morto” (COULANGES, 2006, p. 54). Vê-se que a filiação para gerar parentesco tinha seus requisitos: originada do casamento dos pais, unindo os laços de sangue com os laços do culto.

Nesse sentido, o parentesco era tido a partir da comunhão dos mesmos deuses domésticos e isso só se dava pela linhagem paterna, pois a mulher não transmitia nem a vida nem o culto (COULANGES, 2006, p. 61). A família era composta, então, de um pai, uma mãe, de filhos e de escravos, mas acima do pai existia o poder que emanava da religião doméstica e era o pai o responsável pelos cultos, pela aplicação de regras disciplinadoras da família. Em razão dessa origem religiosa, o pai exercia ilimitadamente o seu poder sobre os filhos, a mulher e os escravos, mas não podia fazer o mesmo em relação ao seu filho ilegítimo.

Pai, para o direito antigo, é “o chefe supremo da religião doméstica; dirige as cerimônias do culto como bem entende, ou melhor, como as vira praticar seu pai” (COULANGES, 2006, p. 98). Como chefe religioso, ele é o responsável pela continuidade da família.

O direito, surgido dessas lições preliminares deixadas pela civilização antiga, evoluiu. Junto com essa evolução, as mudanças na formação das cidades e posteriormente dos Estados influenciaram a formação da família, afastando a função religiosa. Contudo, essa centralização do poder familiar no homem, tido como chefe, como detentor exclusivo do pátrio poder, permaneceu até recentemente, vindo a decair com a vida moderna, principalmente após as conquistas femininas no mercado de trabalho, responsáveis pela reestruturação familiar. Justamente em torno desse poder de chefiar a família se encontrava o papel do pai e por isso mesmo a paternidade no mundo contemporâneo é bem mais complexa do que fora outrora, pois as funções que decorrem do poder familiar hoje estão fragmentadas, divididas com a mulher e, não obstante isso, os filhos deixaram de ser objetos desse poder para se tornarem sujeitos de direitos, transformando poder em dever (LOBO in: DIAS, 2003, p. 26).

Essa complexidade da figura paterna atual se deve também, e talvez até ainda mais, às diversas formas de atribuição de paternidade: biológica, jurídica (presunções) ou afetiva. De modo que existe aí uma ruptura clara daquelas funções antes reunidas na figura paterna, dando origem a múltiplos aspectos da paternidade, que poderá ser biológica, jurídica ou afetiva, isoladamente, como também reunidas num mesmo pai, ao que se poderia chamar de paternidade plena.

Em função desses aspectos múltiplos da paternidade, Giselda Hironaka refere o direito do filho em exercitar o direito à paternidade por partes, escolhendo ou selecionando os aspectos que deseja ver exercido “limitando a extensão do campo de incidência do exercício,

para buscar, no ‘direito ao pai’, aquilo que importar diretamente ao interesse jurídico em questão” (HIRONAKA, 2000, p. 6).

Assim, a paternidade hoje deve ser entendida nesse aspecto múltiplo, que conjuga a paternidade plena ao exercício do poder familiar, não afastando por isso mesmo quaisquer outras responsabilidades que possa ter o pai meramente biológico, o pai meramente afetivo ou o pai presumido. Só nesse sentido, pode-se alcançar a dimensão dos equívocos que podem ser gerados pela atribuição de paternidade conforme fórmulas prévias e genéricas, que muitas vezes não se encaixam nos casos práticos, afastando a garantia que decorre do princípio do melhor interesse da criança.

1.2 OS MODELOS DE ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE

Existem três formas de atribuir paternidade a alguém, a saber: por presunção, por vinculação biológica e por afetividade. Essas modalidades se alternaram ao longo da história do direito civil, numa evolução não linear, que reflete os modos de formação familiar nas diferentes culturas e épocas, de modo que se em dado momento histórico uma sociedade determinada privilegiava a vinculação biológica para a formação da família, essa mesma sociedade em outro momento poderia optar pela paternidade presumida, de modo que a opção por uma ou outra forma de atribuição de paternidade adquire feições evolutivas conforme o desenvolvimento da própria sociedade, justamente por isso não se adequando a uma visão

linear, visto que numa mesma sociedade existe a possibilidade de se identificar as três formas de imputação de paternidade se alternando mais de uma vez.

O sistema de presunções que decorre da formação familiar legítima (pelo casamento), sempre foi um recurso às dificuldades naturais de atribuição de paternidade ou maternidade, uma vez que os filhos concebidos na constância do casamento poderiam ser ou não do marido e/ou da mulher, de modo que algumas situações poderiam ser presumidas. A presunção, sabe-se, diz respeito a uma relação que se faz entre fatos conhecidos para comprovar fatos desconhecidos. Assim, identificam-se no direito pátrio as presunções *pater is est quem nuptia demonstrant* (presume-se pai o marido da mãe); a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa); a presunção de paternidade para quem manteve relações sexuais com a mãe, na mesma época da concepção; a presunção de *exceptio plurium concumbentium* (a presunção de ausência da paternidade, nas hipóteses de concubinato múltiplo); a presunção de paternidade dos filhos concebidos 180 dias antes de instalada a sociedade conjugal e 300 dias após a dissolução desta (LOBO, 2000, p. 1). Mais recentemente, o Código Civil de 2002 acrescentou mais duas: a presunção de paternidade oriunda de inseminação artificial homóloga e da inseminação artificial heteróloga autorizada; e a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça contribuiu com outra: a presunção de paternidade do réu em ação de investigação de paternidade que se recusa injustificadamente à realização do exame de DNA.

A imputação de paternidade pela via biológica, por sua vez, se dá pela vinculação biológica entre pai e filho, atestada pela carga genética que se transmite do ascendente ao descendente, e que pode ser facilmente comprovada atualmente pelos testes de DNA. Nesse modelo, não se discute a existência de outras afinidades entre pai e filho, mas apenas se existe

ou não a afinidade genética, cuja herança se transmite de geração a geração, o que se dá pela reprodução (natural ou assistida).

O reconhecimento de relação paterno-filial pela existência de socioafetividade é mais recente e se coaduna com a idéia da repersonalização do direito, na medida em que situa o ser humano como centro dos interesses e recria sistematicamente todo o seu ordenamento em função dele, numa dimensão das mais amplas possíveis, tomando o homem não apenas como figura decorativa, mas como sujeito de direitos e deveres, com sentimentos e necessidades próprias de sua natureza. Daí dizer-se que a afetividade como atributo da paternidade não se restringe apenas ao aspecto psicológico, pois vai implicar também numa valoração jurídica que transcende esse viés meramente sentimental:

A afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar, num humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro, a função afetiva a unifica e a estabiliza, onde o respeito, a liberdade e a igualdade são práticas constantes (NOGUEIRA, 2001, p. 54).

Nesse sentido, o princípio da afetividade necessita e exige para sua efetividade a conjugação com outros princípios já consagrados pelo direito, como a igualdade, a solidariedade, a liberdade, não se esgotando assim numa questão meramente psicológica ou sentimental, mas vai mais além, numa alteridade conceitual que origina direitos e expectativas recíprocos, que se configuram, na ordem jurídica, como deveres: dever de guarda, de cuidado, de proteção.

1.3 A ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE NO BRASIL

No direito brasileiro as três formas de atribuição de paternidade (presumida, biológica e socioafetiva) podem ser verificadas a partir de uma análise histórica, desde as Ordenações Filipinas (introduzidas no Brasil pelo Império português, por ocasião do colonialismo do século XVI)³, passando pelo Código Civil de 1916, que vigorou no País por 86 anos e pela Constituição Federal de 1988 (considerado o instrumento legal de maior relevância para a reestruturação do direito de família, até então de cunho conservador, e, por isso mesmo, retrógrado, para o final do século XX) até o Código Civil de 2002, em vigor desde janeiro de 2003.

1.3.1 As Ordenações portuguesas e a Consolidação de Teixeira de Freitas

Quando o Brasil foi ocupado pelos portugueses, em abril de 1500, vigorava no Império Português as Ordenações Afonsinas⁴, que passaram a vigorar também na recém colônia portuguesa, situação que perdurou até 1521, quando foram promulgadas as

³ Sabe-se, entretanto, que com a instalação dos portugueses em terras brasileiras, duas outras Ordenações ainda vigoraram anteriormente ao Código Filipino: as Ordenações Afonsinas (1500 a 1514) e as Ordenações Manuelinas (1521 a 1603) (FIÚZA, 2003, p. 66).

As Ordenações Afonsinas vigoraram em Portugal de 1446 a 1514 e as Ordenações Manuelinas foram compiladas e publicadas em 1514, tendo sido republicadas e promulgadas em 1521, por D. Manuel I (cf. em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Manuelinas>).

⁴ As Ordenações Afonsinas são uma coletânea de leis promulgadas e compiladas durante o reinado português de D. Afonso V, que durou de 1438 até 1481 (informações disponíveis no *site*: <www.casareal.co.pt/casareal/cronologia/index.php>. Acesso em: 30 ago 2006).

Ordenações Manuelinas, que vigoraram até 1603, por sua vez substituídas pelas Ordenações Filipinas, durante o reinado de Dom Filipe II, que ficou no poder de 1598 a 1621⁵. As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1917, quando entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro, publicado em 1º de janeiro de 1916, após um período de *vacatio legis* de um ano.

Justamente por se tratar de uma codificação européia, o Código Filipino não se adequava em muitos aspectos à sociedade brasileira, por isso mesmo houve um movimento pela codificação nacional, iniciada em 1832, para elaboração de um Código Civil e Criminal, restando apenas por entregar ao Brasil o primeiro Código Criminal, já que não fora possível uma codificação civil. A dificuldade era que uma codificação implicava sistematização da matéria, não se limitava a uma compilação de leis ou de decretos, mas uma disposição única e sistemática que buscasse esgotar todas as possibilidades que o objeto da codificação permitisse. Em razão disso, preferiu-se apenas organizar sistematicamente as leis esparsas que haviam sido editadas até então, na tentativa de “regionalizar” o Código Filipino, o que deu origem à Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas, iniciada em 1855 e concluída em 1857 (FIÚZA, 2003, p. 66-67). Em muitos dos comentários de Teixeira de Freitas, apostos em notas de rodapé, percebe-se a referência ao Código Filipino, de modo que uma é quase cópia do outro, tendo ambos como fonte principal o direito romano.

Remonta, portanto, ao direito romano⁶ a hierarquia entre os filhos, que vigorou no Brasil desde os tempos das Ordenações Filipinas, tendo como certa a idéia da melhor filiação

⁵ Para maiores informações da casa real portuguesa e a cronologia completa das dinastias, cf. o *site*: <www.casareal.co.pt/casareal/cronologia/index.php>..

⁶ No direito romano, os filhos eram hierarquizados entre filhos legítimos (oriundos do casamento); filhos naturais (decorrentes do concubinato de seus pais, que não estavam impedidos de casar); e filhos espúrios

aquela que decorria do casamento dos pais (VELOSO, 1997, p. 8). Assim, a filiação era tida como legítima se originária do casamento ou ilegítima se fora dele, desdobrando-se esta em filiação espúria e natural; os filhos espúrios, por sua vez, poderiam ser adúlteros, sacrílegos ou incestuosos, sendo os primeiros frutos do adultério do pai ou da mãe, os segundos eram filhos de sacerdotes e os últimos originários de relação incestuosa decorrente de parentesco. Os filhos incestuosos e os adúlteros eram chamados também de bastardos. A filiação natural não se confundia com a filiação espúria e a distinção se baseava na ausência de impedimentos para o casamento, uma vez que na primeira os pais não eram impedidos para casar, diferentemente da última, em que os pais eram impedidos de contraírem matrimônio. Não há que se estranhar o fato de estar diretamente relacionada, nesta época, a filiação ao casamento, residindo neste o grande e único legitimador da filiação. Tanto é assim que os filhos espúrios – aqueles que decorriam de “coito danado e punível” (VELOSO, 1997, p. 8) – eram justamente os filhos de pais impedidos de casar, quais sejam: as pessoas casadas, os sacerdotes e os parentes entre si (ascendentes com descendentes, colaterais e afins).

A Consolidação de Teixeira de Freitas, por sua vez, editada no ano de 1858, manteve a classificação da filiação do Código Filipino⁷, bem como a impossibilidade de reconhecimento dos filhos espúrios. Os filhos naturais podiam ser legitimados pelo casamento posterior de seus pais, mas os filhos adúlteros e os sacrílegos⁸ foram expressamente excluídos, situação

(originados de pessoas impedidas de casar), que se subdividiam em adúlteros e incestuosos (não tinham direito nenhum, nem a alimentos, e não podiam ser reconhecidos jamais por seus pais) (VELOSO, 1997, p. 8).

⁷ “Art. 207. Os filhos ilegítimos são naturaes, ou espúrios”; “Art. 208. Filhos naturaes são aquelles, cujo pai e mãe ao tempo do coito não tinham entre si parentesco, ou outro impedimento, para casarem”; “Art. 209. Quando havia o dito impedimento, os filhos são espúrios; e estes podem sêr de damnado e punível coito, como os sacrílegos, adúlteros, e incestuosos”; “Art. 210. São sacrílegos os filhos de clérigo, religioso, ou religiosa. São adúlteros os ilegítimos de homem casado, ou de mulher casada. São incestuosos os nascidos de ajuntamento de parentes em gráo prohibido” (FREITAS, 2003, p. 170-172).

⁸ Interessante notar que só seriam considerados sacrílegos os filhos de cristãos e infiéis, impedidos para o casamento, pois se os pais fossem católicos e hereges casados, embora fossem supostos ilícitos para a época, a

que não alcançou os filhos incestuosos – estes podiam ser legitimados (VELOSO, 1997, p. 9), embora em situações restritas como nos casos de casamento entre tio e sobrinha ou entre primos, por exemplo. A legislação de então responsabilizava unicamente a mãe pelo nascimento de filhos ilegítimos, obrigando-as a arcarem sozinhas com a manutenção da criança até os três anos de idade, em termos de alimentação, e com todas as demais despesas até a maioridade, se o pai não puder satisfazer os custos da criação. Na primeira hipótese, a mãe tinha o direito de regresso em relação ao pai, quando este tinha possibilidade econômica para ressarcir as despesas que a mãe tivera no período de três anos. Cabia também ao pai arcar financeiramente com a criação do filho ilegítimo, mas só se tivesse condições para tanto⁹.

A despeito da legislação discriminatória, já naquela época havia quem defendesse a legitimação posterior pelo casamento e mesmo o reconhecimento para todos os tipos de filiação, como Coelho da Rocha e em parte Lafayette Rodrigues Pereira, que excluía os filhos incestuosos e os adúlteros (VELOSO, 1997, p. 9-10) da legitimação *a posteriori*. Vigorava por essa época um restritivo rol probatório da filiação natural, limitado ao reconhecimento por testamento ou por escritura pública apenas.

Em 1890, com a proclamação da República brasileira e a separação entre a Igreja e o Estado, houve a instituição do casamento civil, pelo Decreto nº 181 do mesmo ano, que também ampliou os meios de prova de filiação natural, admitindo o reconhecimento pela confissão espontânea, escritura pública, termo de nascimento ou outro documento autêntico

filiação era legítima, pois o matrimônio era válido. Isso porque no Brasil até 1890 o casamento era um sacramento religioso, regulado pelas leis canônicas (FREITAS, 2003, p. 172).

⁹ “Art. 219. A mãe é obrigada a criar de leite até três annos o filho, que não fôr nascido de legitimo matrimonio; quer seja natural, quer espurio”; “Art. 220. Toda a outra despeza será feita á custa do pai, de quem a mãe poderá cobrar o que houver despendido nos ditos trez annos”; “Art. 221. Não tendo o pai faculdades para as despezas da criação dos filhos illegitimos, será a criação á custa da mãe; e dando-se o mesmo á respeito desta, recorra-se aos parentes, para que, se quizerem, os-mandem criar” (FREITAS, 2003, p. 198-190).

fornecido pelo pai (VELOSO, 1997, p.11). No entanto, não estava garantido o direito sucessório do filho natural, quando concorresse com filhos legítimos, pois o reconhecimento deveria se dar por escritura pública lavrada antes do casamento, do contrário o filho era tido como parente, recebia alimentos, mas não concorria à herança. Quanto aos filhos espúrios, permanecia ainda a mesma impossibilidade de serem reconhecidos ou legitimados, mesmo comprovada a paternidade, como ocorria na legislação anterior, todavia mitigada pela possibilidade da prestação única e exclusiva de alimentos (VELOSO, 1997, p. 11).

1.3.2 O Código Civil de 1916

Após várias tentativas de codificação, entrou em vigor no Brasil o primeiro Código Civil, na data de 1º de janeiro de 1917. A história refere pelo menos cinco grandes projetos de codificação¹⁰ até a sua efetiva publicação. Em função disso, as disposições legais já nasceram envelhecidas, pois na realidade se tratavam de normas reguladoras de uma sociedade do século XIX (já que o projeto inicialmente se referia aos estudos de Coelho Rodrigues e de Clóvis Beviláqua, de 1890 e 1899, respectivamente), quando na realidade já se andava próximo do primeiro quartel do século XX, inclusive com outra definição política no

¹⁰ Em 1859, com Teixeira de Freitas, foi apresentado um projeto que tinha mais de 4 mil artigos dispostos em dois códigos, um referente à parte geral do direito e outro sobre direito civil, rejeitado pela grandiosidade da obra; em 1872 foi realizada outra tentativa, com Nabuco de Araújo, que faleceu antes de concluir os trabalhos, após cinco anos de estudos; em 1881, Felício dos Santos apresentou projeto independente e por isso mesmo não teve maior repercussão política, tendo sido logo engavetado; em 1890, o Governo contratou Coelho Rodrigues, que viajara para a Europa a fim de elaborar o seu projeto e tivera-o rejeitado em seu retorno, por ocasião da mudança dos governantes; em 1899, outro jurista fora contratado para elaborar um Código Civil, o que foi feito com Clóvis Beviláqua, que aproveitara a maior parte do projeto de Coelho Rodrigues, e tivera a colaboração do então Senador Rui Barbosa, que apresentara uma série de emendas, responsáveis pelo grande atraso no andamento dos trabalhos, uma vez que Clóvis entregara seu esboço em 7 meses (FIÚZA, 2003, p. 66-67; DINIZ, 2006, p. 48-49).

cenário nacional: já não se estava no auge do liberalismo, mas sim do chamado Estado social, em que a presença estatal era mais forte e por isso mesmo de cunho intervencionista, que não se coadunava com o liberalismo da autonomia da vontade ampla e irrestrita e do *pacta sunt servanda* do Código de Beviláqua. Mas, principalmente, os contornos familiares já não traduziam mais a família patriarcal e hierarquizada do senhor dos engenhos que se popularizou nos séculos XVIII e XIX. Mesmo assim, o Código Civil era uma lei válida e vigente, portanto, eficaz, devendo por isso ser aplicada.

Assim, a distinção entre filiação legítima e ilegítima permaneceu também no Código Civil de 1916. Na realidade essa distinção permaneceria até a Constituição Federal de 1988, quando houve o reconhecimento legal da família informal no mesmo patamar da família legítima (LOBO, 1989, p. 64). Na realidade, essa inserção constitucional do que se entendia por família impulsionou a redefinição do próprio conceito de família. No entanto, até a promulgação da Constituição de 1988, filhos legítimos eram os concebidos na constância do casamento, mesmo este nulo ou anulável, e ilegítimos os nascidos fora da relação matrimonial de seus pais. Estes eram tidos como naturais, se nascidos de relação concubinária (na mesma concepção do direito anterior) e espúrios aqueles que decorriam de relações entre pessoas impedidas para o casamento, como nos casos de adultério e incesto, mas já não se falava em filhos sacrílegos. Assim, no Código Civil de 1916 o parentesco, de regra, era natural e, excepcionalmente, civil, nos casos de adoção. Presumiam-se filhos os nascidos 180 dias, pelo menos, após o estabelecimento da convivência conjugal¹¹ ou, anterior a esse prazo, fosse de conhecimento do marido da esposa a gravidez desta ou se tivesse assistido – pessoalmente ou por procurador – a lavratura do registro de nascimento da criança, sem que opusesse alguma

¹¹ Art. 338 do Código Civil de 1916.

dúvida quanto à filiação¹²; os nascidos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite (atual separação judicial) ou anulação¹³. Presume-se, assim, do marido da mulher a paternidade dos filhos dela nascidos na constância do casamento (*pater is est*).

Os filhos legitimados equiparavam-se em tudo aos legítimos¹⁴ e a legitimação se dava pelo casamento posterior dos pais, nas hipóteses de filhos concebidos antes do casamento ou mesmo já nascidos no momento deste¹⁵. Os filhos ilegítimos podiam ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente¹⁶ e os incestuosos não podiam acionar judicialmente os pais para obterem o reconhecimento da filiação, isso cabia apenas aos naturais e aos adúlteros¹⁷.

Apesar da tese biologista, o legislador do Código Civil de 1916 não deixou de se preocupar com a convivência familiar de pais e filhos reconhecidos por sentença judicial. Assim, dispôs, excepcionalmente, no art. 366 que o juiz poderia ordenar a criação e educação do filho fora da companhia de qualquer dos pais que negara esta qualidade. Sem dúvida alguma, esboçava-se aí uma preocupação com o bem-estar da criança que seria rejeitada pelo pai ou pela mãe, mesmo após o estabelecimento da paternidade ou maternidade compulsória e, muito embora não exista o uso do termo expresso, a referência era à afetividade. Ou seja, inexistente a afetividade entre as partes integrantes da relação paterno/materno-filial, o juiz podia autorizar o afastamento da convivência imposta pelo dever do então chamado pátrio poder, hoje denominado poder familiar pelo Código Civil de 2002. Esse mesmo dispositivo

¹² Art. 339 do Código Civil de 1916.

¹³ Art. 338 do Código Civil de 1916.

¹⁴ Art. 352 do Código Civil de 1916.

¹⁵ Art. 353 do Código Civil de 1916.

¹⁶ Art. 355 do Código Civil de 1916.

¹⁷ Art. 363 do Código Civil de 1916.

foi reproduzido pela lei civil de 2002. Contudo, não se pode dizer que o Código de 1916 defendia a tese da socioafetividade, pois não era o afeto o seu paradigma jurídico da relação paterno-filial.

Com o passar do tempo, outras leis foram sendo necessárias para suprir as lacunas e imprecisões do Código de 1916¹⁸, como o Estatuto da Mulher Casada (1963) e a Lei do Divórcio (1977), e, com mais propriedade ainda, após a Constituição Federal de 1988, que inaugurou novos princípios norteadores do direito familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a Lei de Investigação de Paternidade (1992), as Leis da União Estável (1994 e 1996), todas com severas repercussões no direito civil, que demonstravam a insuficiência dos dispositivos emendados e remendados da obra de Beviláqua.

Porém, até que se chegasse ao novo Código Civil de 2002, a lei aplicável era mesmo o Código de 1916, com todas as suas imperfeições para a sociedade do fim do século XX, sobretudo pela utilização da mesma forma de atribuição de paternidade do século XIX, qual seja, o sistema de presunções.

1.3.3 O direito de família após a Constituição Federal de 1988

¹⁸ Outras tantas podem ser ainda referidas, como o Decreto-lei nº 4.737/42, que permitia o reconhecimento de filho extramatrimonial após o antigo desquite; a Lei nº 883/49, sobre o reconhecimento de filhos após a dissolução da sociedade conjugal; a Lei nº 7.250/84, que autorizava o reconhecimento de filhos adulterinos mesmo na constância do casamento, embora devesse estar separado de fato há mais de cinco anos (VELOSO, 1997, p. 42-85).

Efetivamente, a idéia de família legítima e ilegítima deixou de ser uma qualificação jurídica, quando a Constituição de 1988 equiparou os filhos legítimos e ilegítimos (todos aqueles que não tinham sido concebidos em decorrência do casamento civil entre seus genitores), afastando quaisquer designações pejorativas, para reconhecer igualmente todos como filhos (FACHIN, 1996, p. 23). Na Constituição Federal de 1988, a equiparação entre as diversas classes de filhos afastou definitivamente o tratamento desigual entre o filho adotado e o filho biológico, tornando legítimos todos os filhos e encerrando o capítulo discriminatório da filiação fora do casamento civil. Em seu art. 226, § 6º¹⁹, a Carta Magna pugnou pelo princípio da igualdade, alterando significativamente o rumo do direito de família no Brasil e obrigando a adequação das leis infraconstitucionais conforme esses novos paradigmas.

Com esteio na igualdade da filiação, no princípio da dignidade da pessoa humana e no repúdio à família hierarquizada, a Constituição propiciou o fortalecimento da tese biologista, pois os filhos até então ilegítimos alcançaram o direito do reconhecimento da paternidade extramatrimonial, fosse adulterina ou incestuosa, justamente em função da comprovação de vinculação biológica. Com isso, as ações de investigação de paternidade tomaram fôlego, sobretudo após a Lei nº 8.560, de 29.12.1992, que regulava o reconhecimento dos filhos fora do casamento, dando origem a uma valorização do vínculo biológico, que viria a ser ainda mais significativo com a facilidade de comprovação nas ações judiciais pelos testes de DNA.

Por outro lado, a igualdade da filiação também favoreceu a tese da socioafetividade, na medida em que afastou a hierarquia entre filhos legítimos, legitimados e adotivos, equiparando a filiação biológica e a filiação socioafetiva.

¹⁹ “Art. 226. *Omissis*. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Embora antes disso, já se falasse em socioafetividade na filiação estabelecida pela adoção, é depois de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, que o instituto da adoção passou a ser plenamente normatizado em conformidade com o princípio da afetividade.

No Código Civil de 1916, a adoção poderia ser temporária (arts. 373 e 374)²⁰; o parentesco resultante da adoção era limitado às partes, com algumas exceções referentes aos impedimentos do casamento (por exemplo, irmão adotado com a filha legítima do casal adotante) (art. 376)²¹; não havia igualdade de filiação (art. 377)²²; o limite mínimo de idade do adotante era maior (art. 368)²³; apenas casais casados podiam adotar e desde que o casamento tivesse se realizado há mais de 05 (cinco) anos (art. 368, parágrafo único, e art. 370)²⁴. É possível entrever no intuito do legislador de 1916 o afastamento da socioafetividade como paradigma de filiação, pois embora o instituto da adoção tivesse por função conceder filhos a quem não os podia ter, no Código de 1916 sua finalidade se voltava também para a caridade, porém de forma hipócrita, pois podia ser desfeita a critério das partes ou diante da ocorrência de algum dos casos de deserdação, previstos nos arts. 1.595²⁵ e 1.744²⁶, do mesmo Código,

²⁰ “Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade”.

“Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I – quando as duas partes convierem; II – nos casos em que é admitida a deserdação”. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957).

²¹ “Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V”.

²² “Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957).

²³ “Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar”. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957).

²⁴ “Art. 368. *Omissis*. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento”. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957).

“Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher”.

²⁵ “Art. 1.595. São excluídos da sucessão (arts. 1.708, IV, e 1.741 a 1.745) os herdeiros, ou legatários: I – que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; II – que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua

rompendo os laços de parentesco construídos a partir de então, afastando a idéia da preservação das relações construídas no tempo e em bases afetivas. Nesta última hipótese, a questão patrimonial se confundia com o parentesco de tal forma, que este se dissolvia em função daquele (o instituto da deserdação é tido como uma maneira de evitar a sucessão pós-morte nos bens do ascendente falecido), ou seja, se o filho adotado fosse deserddado deixaria de ser filho, literal e formalmente. Assim, percebe-se que a preocupação do legislador passou longe da afetividade entre pais e filhos.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é irrevogável²⁷; os filhos adotados gozam de total igualdade, inclusive sucessória²⁸; existe a preocupação com o afeto entre pais adotantes e os filhos a serem adotados, a ser verificado durante o estágio de convivência²⁹; não há mais limitação imposta quanto à situação do adotante, podendo ser casado, separado judicialmente, divorciado ou solteiro³⁰. Quanto à adoção por casal homossexual, a lei não fala a respeito, porém o Código Civil de 2002, posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, perdendo uma grande oportunidade de dar um passo à frente na garantia ao respeito fundamental da opção sexual, impediu expressamente a adoção por entidades homoafetivas³¹. Coube à jurisprudência contornar a lacuna legal, sob os argumentos

horrna; III – que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade”.

²⁶ “Art. 1.744. Além das causas mencionados no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I – ofensas físicas; II – injúria grave; III – desonestidade da filha que vive na casa paterna; IV – relações ilícitas com a madrasta, ou o padrasto; V – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade”.

²⁷ “Art. 48. A adoção é irrevogável”.

²⁸ “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

²⁹ “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”.

³⁰ “Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil”.

³¹ “Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, para conceder a adoção homoafetiva³².

1.3.4 O Código Civil de 2002

No mesmo passo do Código Civil de 1916, as tentativas de uma nova codificação a partir de 1963 também esbarraram num cenário político prejudicial a uma legislação civil mais avançada, pois desde então inúmeros foram os projetos de Código Civil, engavetados ou rejeitados pelo Congresso Nacional. O Projeto de Lei que viria a ser transformado no Código Civil de 2002, na verdade se refere a um projeto de 1967, fruto do trabalho de uma comissão de juristas presidida por Miguel Reale, que ficara no Senado Federal de 1984 por mais de dez anos, de onde sairia, após diversas emendas, para aprovação em 1º de janeiro de 2001. As emendas eram extremamente necessárias, uma vez que o projeto estava atrasado em mais de trinta anos e não se harmonizava com o novo panorama instalado no Brasil pela Constituição Federal de 1988. Justamente por isso, não faltaram críticas ao novo Código Civil, que permanecia com o pé no século XIX, em muitos de seus dispositivos, que praticamente repetem as disposições constantes de outras leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à adoção, por exemplo. A crítica de que o Código Civil de 2002 poderia ter ido além do que já previa o Estatuto para conceder o direito à adoção por casais homoafetivos (DIAS, 2006, p. 2) é fruto dessa idéia recorrente em direito de que vale mais copiar do que inovar e, assim, a lei segue em seu contínuo descompasso com a realidade.

³² Apelação Cível nº 70013801592, j. em 05.04.2006, 7ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

O Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 1.593 que o parentesco é natural, quando resulte da consangüinidade, ou civil, nos casos de outra origem, já não mais restringindo o parentesco civil apenas aos casos de adoção. Com isso, vê-se de logo que houve uma mitigação da tese biologista, até mesmo em razão do instituto da adoção, como visto acima, que herda do Estatuto da Criança e do Adolescente princípios até então relegados pelo direito de família, como a afetividade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Embora ainda permaneça arraigada a idéia do biologismo como tese dominante na legislação civil do direito de filiação, como se percebe pelos arts. 1.597, em seus incisos I, II, III e IV, 1.599, 1.600 e 1.602, não se pode afirmar a exclusividade de tal tese, pois a par de tais dispositivos biologistas, outros remetem a socioafetividade, como o art. 1.593, o inciso V do mesmo art. 1.597 (técnica de reprodução assistida heteróloga), o art. 1.605 e os arts. 1.618 e seguintes, que tratam da adoção.

Talvez fosse proposital essa ambigüidade da norma, uma vez que existe em tramitação Projeto de Lei nº 6.960/2002, que pretende a alteração de diversos artigos do Código Civil de 2002, que se filia expressamente à tese biologista, ao dispor que não faz coisa julgada a decisão judicial em ação investigatória que não tenha se utilizado do exame de DNA³³.

³³ “Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, cabendo também ao pai e à mãe biológicos. § 1º Se iniciada a ação pelo filho ou pelo genitor biológico, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. § 2º Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1601” (Projeto de Lei 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza).

“Art. 1.601. O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas: I – ao filho; II – àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento; III – ao pai e à mãe biológicos; IV- a quem demonstrar legítimo interesse. § 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação; § 2º A relação de filiação oriunda de adoção não poderá ser contestada; § 3º O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve a sua mulher; § 4º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação” (Projeto de Lei nº 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiúza).

Contudo, a jurisprudência e a doutrina vêm se convencendo cada vez mais que o determinismo biológico muitas vezes não representa a melhor forma de atribuição de paternidade na configuração da família moderna.

Assim, o que se vê como afetividade no direito de família atual é justamente a percepção dos sentimentos que unem as pessoas, e são esses sentimentos que irão preencher os vínculos a serem estabelecidos formalmente. O que se depreende do estágio de convivência, no processo de adoção, é justamente a verificação deste estabelecimento de vínculos pelo afeto entre adotante e adotado, sob pena de não haver a formalização do parentesco. Lembre-se de que no Código de 1916 não importava que tipo de sentimentos existiam entre os membros de uma família ou entre adotantes e adotados.

A valorização do afeto como princípio jurídico se deu exatamente porque o modelo de família rigidamente moldado pela sociedade do fim do século XIX e que durou até meados do século XX ruiu, restando fragmentos que se dirigiram em diversas direções, que originaram diversos tipos de famílias, hoje, melhor denominadas, entidades familiares. Assim, sem o modelo legal do Código Civil de 1916, o que restou foi um amontoado de pessoas que se encontravam ligadas pelo afeto, prescindindo em muitas situações de qualquer outra vinculação jurídica ou formal (FACHIN, 1996, p. 60-62). Diante disso, pacificou-se o entendimento de que a introdução das noções de afetividade no Direito brasileiro se deu efetivamente no campo das relações familiares, já na metade do século XX, como forma de mitigar a idéia da família patriarcal e da patrimonialização nas relações de família, até mesmo porque tais idéias já se apresentavam em franco declínio, impulsionando os doutrinadores a reconhecerem os novos contornos da formação da família contemporânea.

Diante dessa evolução no contexto histórico e cultural da família, refletida na doutrina e principalmente na jurisprudência brasileiras, hoje se busca a concretização da afetividade como princípio jurídico nas relações familiares.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

O estudo da afetividade hoje não está limitado às emoções humanas, como representação de sentimentos íntimos. Tido por alguns até como matéria-prima de governo e capital, o afeto pode ser tomado em sentidos diversos, como qualidade e quantidade, como relação e como substância, como acontecimento e como coisa (ALFAMA; BONA; CALLÉN, 2005, p. 1). Nesse contexto, é preciso delimitar em que sentido a afetividade vem sendo abordada pelo direito de família contemporâneo ao inseri-la como elemento norteador das novas relações familiares e criador de vínculos jurídicos.

Pela Psicologia a afetividade é tomada como sinônimo de sentimentos humanos e como tal conjuga toda a complexidade própria do homem, em suas diversas fases. Nesse sentido, ela está presente nas relações estabelecidas pelo homem consigo mesmo e com os demais seres. Como fato natural, inerente ao ser humano e estando presente em todas as relações por ele mantidas, como é possível estabelecer uma objetivação de sentimentos? O que significa juridicizar³⁴ esse sentimento humano e quais as implicações dessa juridicização?

³⁴ O termo juridicização aqui é tomado de Pontes de Miranda, para quem um fato do mundo prático ingressa no mundo jurídico através da juridicização, ou seja, da qualificação de jurídico pela norma. O autor idealiza, então, dois mundos: o real e o jurídico, sendo o primeiro aonde ocorrem os fatos corriqueiros e o segundo onde vivem as normas; assim, quando um fato não merece tratamento jurídico, diz-se que ele não ingressa no suporte fático de uma norma e por isso mesmo não interessa ao direito. Juridicizar um fato, nesse sentido, é, então, valorá-lo juridicamente, fazendo-o ingressar no mundo jurídico por uma norma (MIRANDA, 2000, p. 52).

Assim, é de grande interesse compreender melhor essa escolha do legislador constituinte de 1988 e do legislador ordinário de 2002, pela inovação no direito brasileiro no que se refere à adoção da afetividade como paradigma jurídico da família contemporânea, procurando relacionar alguns traços característicos do que se convencionou entender por afetividade, segundo as perspectivas filosófica e jurídica.

Este estudo se filia à doutrina juscivilista brasileira, que vem acompanhando as mudanças sociais e culturais iniciadas no fim do século passado e que se encontram ainda em mutação, razão porque se solidariza pela ousadia no rompimento das desigualdades entre o homem e a mulher, bem como entre os filhos havidos no casamento e fora dele, na fragmentação do modelo patriarcal de família e na despatrimonialização das relações familiares, que marcaram a queda definitiva do Código Civil de 1916 e possibilitaram o surgimento de novos horizontes para o direito de família, sobretudo após a Carta Política de 1988.

O direito de família brasileiro tenta hoje se redimir da rigidez do passado, em que a mulher era mera sombra do homem, inicialmente do pai, depois do marido; onde os filhos eram tratados como objetos e não como sujeitos; quando a tirania familiar era encoberta pelo patriarcalismo. Assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi uma resposta aos horrores praticados pelo homem contra seus iguais no período da Segunda Guerra Mundial e no pós-guerra, a alusão à afetividade como princípio jurídico é uma resposta ao Código Civil de 1916. Para alguns, parece óbvio que o ser humano deva amar e respeitar o seu próximo, deva conduzir-se com compaixão e solidariedade, porém foi preciso normatizar

o óbvio, tanto na Declaração Universal, como vem ocorrendo nas recentes tentativas de juridicização da afetividade, para possibilitar uma efetiva proteção do ser humano.

A afetividade como princípio jurídico, sobretudo nas relações familiares, trará questionamentos importantes para o estabelecimento de vínculos jurídicos, seja na união estável, seja na atribuição de paternidade ou maternidade, vindo a colocar em xeque, primeiro o casamento como única forma legítima de reconhecimento da filiação e depois, o parentesco como sinônimo de consangüinidade.

Sem perder de vista o fato de que as colocações aqui esboçadas são o resultado de todo o processo de mudanças pelo qual ainda está passando a família brasileira, o objetivo do presente estudo é o de situar esse novo princípio jurídico no direito de família e entendê-lo nessa condição, para além de simples sentimento do homem.

2.1 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Antes da análise mais acurada a respeito da afetividade como um princípio jurídico, mister se faz uma breve consideração acerca do que vem a ser princípio e sua distinção das regras. Sabe-se que o sistema jurídico brasileiro é composto por regras e princípios, porém é preciso diferenciar com clareza os dois tipos de normas, pois o tratamento e a aplicação de uma e outra também são diferenciados.

Gomes Canotilho faz valiosa distinção entre princípios e normas, conforme algumas características listadas a seguir: a) pelo grau de abstração (sendo aqueles mais vagos em suas formulações, do que estas, menos gerais e mais precisas); b) pelo grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (os princípios precisariam de previsão normativa, enquanto as normas aplicar-se-iam de forma direta); c) pelo caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito (os princípios apontam valores, sendo, portanto, fundamentais, as normas tipificam condutas); d) pela proximidade da idéia de direito (os princípios estariam mais diretamente vinculados às idéias de direito e de justiça, as regras têm vinculação funcional); e, por fim, e) pela natureza normogénica (os princípios são fundamento de regras) (CANOTILHO, 1993, p. 166-167).

Nesse sentido, esclarece o mesmo autor que a função dos princípios, dentro de um sistema aberto de princípios e regras, é multifuncional, podendo desempenhar uma função de argumentação ou de revelação de normas que não são expressas em enunciados legislativos – exatamente o caso do princípio da afetividade, que é objeto deste estudo, uma vez que não se encontra no sistema jurídico como regra. Nesse sentido, a função do princípio é de possibilitar ao jurista, sobretudo os juízes, o desenvolvimento, a integração e a complementação do direito (CANOTILHO, 1993, p. 167).

Defendendo a idéia de um sistema integrado por princípios e regras, Gomes Canotilho reforça as diferenças qualitativas entre uns e outras, apontando os princípios como normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com graus de concretização, em conformidade com as condições fáticas e jurídicas, enquanto as regras são normas imperativas, o que vai resultar nas máximas seguintes: a convivência dos princípios é

conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Como conseqüência disto, tem-se que os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, de acordo com o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes, enquanto as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, devendo ser aplicada na medida exata de seu enunciado prescritivo. Não obstante isso, diante de um conflito entre princípios, estes podem ser resolvidos mediante a ponderação, a harmonização, enquanto as regras conflitantes são incompatíveis e insustentáveis simultaneamente, o que se conclui que os princípios suscitam problemas de validade e peso, enquanto as regras suscitam apenas problemas de validade (CANOTILHO, 1993, p. 168).

Ao tempo em que conclui esse raciocínio, adverte também o citado autor: a existência de regras e princípios permite a descodificação, tomada esta expressão em termos de comparação a um sistema fechado, o que em boa medida, neste último aspecto, conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática e isso pode ser tomado como ponto negativo. Por isso ele estabelece o seu pensamento sobre um balanceamento entre as duas espécies de normas, sugerindo que não se devem construir sistemas apenas principiológicos nem tão somente de regras, concluindo que os princípios são o fundamento de regras jurídicas e têm uma “idoneidade irradiante”, que permitiria estabelecer um elo objetivo de todo o sistema (CANOTILHO, 1993, p. 168-169).

Essa distinção entre regras e princípios, assunto, inclusive que já foi objeto de inúmeros estudos, como os realizados por Esser, Larenz, Canaris, Dworkin, Alexy (ÁVILA, 2005, p. 30), leva exatamente à constatação necessária de que ambas as normas experimentam

graus de aproximação tão fortes que é preciso delimitar os pontos que efetivamente distinguiriam uma e outra, como o fizeram os autores acima mencionados, na esteira de outros tantos. Assim, observa Humberto Ávila que as propostas de diferenciação entre princípios e normas, muitas vezes não é suficiente para uma distinção necessária, pois o “mero qualificativo de princípio pela doutrina ou pela jurisprudência não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros” (ÁVILA, 2005, p. 53). Segundo Humberto Ávila, a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima, pois ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo a realizar seu conteúdo totalmente. Assim, a distinção estaria na determinação da prescrição da conduta resultante de sua interpretação, já que os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecendo fins normativamente relevantes, o que implica numa concretização resultante mais de um ato institucional do que propriamente do comando normativo, enquanto as regras dependem menos de ato institucional, uma vez que o comportamento já está claramente previsto na norma (ÁVILA, 2005, p. 54-55).

Ávila lembra ainda que os princípios não são eles próprios mandados de otimização, estes dizem respeito ao uso de um princípio, o conteúdo do princípio é que deve ser otimizado no procedimento de ponderação e, nesse sentido, há que se distinguir os comandos para otimizar e os comandos para serem otimizados (ÁVILA, 2005, p. 55). Para resolver o problema da distinção entre regras e princípios, o mesmo autor propõe uma dissociação de alternativas inclusivas, no sentido de que a existência de uma espécie de norma não excluiria as demais, ou seja, os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie de

norma, podendo implicar nas três dimensões conhecidas: “comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, 2005, p. 60).

Nesse sentido, os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem originar tanto uma regra, como um princípio. Um dispositivo que determina um comportamento para preservar um valor (configurado, então como regra), permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização. Tome-se como exemplo o art. 1593 do Código Civil brasileiro, que institui o parentesco natural ou civil, conforme resultem de consangüinidade ou outra origem. Neste caso, a resposta para a outra origem é aquela que decorre da socioafetividade, sem sombra de dúvidas e assim, o dispositivo constante da regra termina por resultar também no princípio. Nas palavras do autor, “um mesmo dispositivo pode ser ponto de partida para a construção de regras e de princípios, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas”, pois, segundo o mesmo autor, “um dispositivo não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser um princípio e uma regra” (ÁVILA, 2005, p. 62).

A proposta de Ávila é superar um modelo dual de separação entre regras e princípios, que se baseiam nos critérios da existência de hipóteses e do modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, propondo um modelo tripartite de dissociação entre regras, princípios e postulados, por entender que além da dissociação entre regras e princípios, também se faz necessário o acréscimo da figura do postulado, definido como instrumento normativo metódico, que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, porém não se confundindo com nenhum deles (ÁVILA, 2005, p. 63). Para o estudo aqui

proposto, todavia, sobreleva ressaltar a investigação particular quanto aos princípios. A respeito, define o autor que os princípios são:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2005, p. 70).

Como se pode perceber da definição, o princípio é uma norma imediatamente finalística, na medida em que estabelece sempre um fim a ser atingido; primariamente prospectiva, ou seja, com fins de orientação, complementaridade e parcialidade; devendo estar voltado para a promoção de seus fins, aliada à sua motivação. Para garantir a motivação se torna necessária explicitação do por que se age, pois sem esse comportamento não se consegue contribuir para a existência do estado de coisas idealizado pela norma, conseqüentemente, não se concretiza o seu fim. Isso significa dizer, nas palavras do próprio autor, que a “positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência” (ÁVILA, 2005, p. 71).

Por fim, é possível concluir, nessa ordem de idéias, que os princípios não são apenas valores a dependerem de preferências pessoais, “eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso” (ÁVILA, 2005, p. 72). Nesse aspecto, os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, bem como, pelo contrário, efetivar um estado de coisas pela adoção de comportamentos necessários para tal. Essa análise permite associar os conteúdos principiológicos a comportamentos a serem

adotados, ainda que por via indireta e regressiva, podendo haver incerteza quanto ao conteúdo desses comportamentos, mas não quanto à sua espécie, que é o de promover o fim idealizado.

Os princípios, nessa ótica, embora se relacionem com os valores, não se confundem com eles, na medida em que os valores se situam no plano axiológico ou meramente teleológico, e aqueles se situam no plano deontológico, estabelecendo uma obrigação na adoção de condutas necessárias e suficientes à promoção de um estado de coisas. Exatamente por isso, conclui Ávila, que os princípios são mais do que valores e são também algo diferente. Mas, ainda assim, como saber quais são os fatores condicionantes do estado de coisas buscado pelos princípios e quais seriam os comportamentos necessários para tal? Para resolver a questão, o autor sugere a diminuição da vagueza pela especificidade dos fins, por meio da leitura atenta e relacionada dos dispositivos constitucionais que se referem ao princípio em análise, bem como pela pesquisa dos casos paradigmáticos, estabelecendo similaridades que permitam a solução de um mesmo problema central, verificando-se ainda em outros casos os comportamentos necessários para a realização de um princípio e a realização do percurso inverso, ou seja, “descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decidido com base no princípio em análise” (ÁVILA, 2005, p. 74-75).

Tomando a afetividade como princípio, como visto acima, e relacionado a proposições axiológicas, a sua aplicação se concretiza na medida em que se torna possível reconhecer comportamentos determinados que possibilitam a verificação de um estado de coisas e a promoção ao fim por ele idealizado, qual seja, o da realização plena das pessoas, seja no âmbito da filiação ou no das relações conjugais, incluídas aí as uniões de fato. Ao se afastar a

noção de princípio da questão puramente axiológica, afasta-se também a impossibilidade de se ter que subjugar o seu conteúdo às preferências pessoais, pois, embora relacionado a valores, com estes não se confundem os princípios. Assim, a afetividade como princípio é dever e não simplesmente valor.

2.2 A AFETIVIDADE EM TRÊS PERSPECTIVAS: PSICOLÓGICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA

No estado atual do direito de família, fala-se muito no princípio da afetividade como elemento fundamental na formação dos vínculos familiares contemporâneos e como sustentáculo na manutenção das uniões entre homens e mulheres. A distinção entre esses dois tipos de vinculação é necessária, uma vez que a afetividade como formador de vínculos entre pais e filhos não é temporária, ou seja, a filiação formal estabelecida na socioafetividade não é condicionada à duração do afeto: o pai socioafetivo será sempre pai, persista ou não o afeto pelo filho; diferentemente das relações conjugais, em que a manutenção do vínculo, estabelecido entre o homem e a mulher, perduram apenas enquanto existir o afeto que os une. E isso se deve à complementaridade necessária de outros princípios, no caso da filiação, com o da continuidade das relações familiares, já referido neste trabalho.

De fato, a escolha doutrinária pela afetividade como princípio norteador das relações familiares vem demonstrando a humanização da ciência jurídica, sobretudo, diante da revalorização de conceitos como ética, justiça, moral; conceitos que estavam em desprestígio,

sufocados pela patrimonialização das relações humanas. É o festejado fenômeno da “repersonalização”³⁵ das relações de família referido por Paulo Lobo (LOBO, 1989, p. 71-75).

Embora o estudo da afetividade e das emoções não seja recente, pois desde a Antigüidade o homem demonstra interesse nos sentimentos que movem o pensamento e as decisões humanas (isso ficava evidenciado principalmente nos estudos dos filósofos ocidentais, como Sócrates e Platão, que procuravam entender o mundo das idéias e como elas poderiam explicar as percepções que os seres humanos tinham das coisas), é na Alta Modernidade, com a pesquisa científica fulcrada no racionalismo, que vai se desenvolver mais largamente os estudos sobre a psicologia humana, com Sigmund Freud, Leboux, Magda Arnold, Jacques-Marie Lacan, Sloman, Francisco Varela, Humberto Maturana, entre outros, não se devendo esquecer das pesquisas anteriores de Charles Darwin, sobretudo em sua obra sobre expressões emocionais em animais e seres humanos, publicado em 1872 (BERCHT; VICCARI, 2006, p. 1).

Num estudo em que propõe a elaboração de um conceito de afetividade, em razão de ser ainda um campo aberto, Ana Rita Almeida refere que:

Conceitualmente, a afetividade deve ser distinguida de suas manifestações, diferenciando-se do sentimento, da paixão, da emoção. A afetividade é um campo mais amplo, já que inclui esses últimos, bem como as primeiras manifestações de tonalidades afetivas basicamente orgânicas. Em outras palavras, afetividade é o termo utilizado para identificar um domínio funcional abrangente e, nesse domínio funcional, aparecem diferentes manifestações: desde as primeiras, basicamente orgânicas, até as diferenciadas como as emoções, os sentimentos e as paixões.

³⁵ Renata de Lima Rodrigues adverte que o termo mais apropriado é “personalização”, uma vez que em direito civil o ser humano e os valores existenciais jamais ocuparam o centro dos interesses, este sempre fora ocupado pelo patrimônio (RODRIGUES, 2005, p. 19).

Embora sejam geralmente confundidas, essas formas de expressão são diferentes. Enquanto as primitivas manifestações de tonalidade afetiva são reações generalizadas, mal diferenciadas, as emoções, por sua vez, constituem-se em reações instantâneas e efêmeras que se diferenciam em alegria, tristeza, cólera e medo. Já o sentimento e a paixão são manifestações afetivas em que a representação torna-se reguladora ou estimuladora da atividade psíquica. Ambos são estados subjetivos mais duradouros e têm sua origem nas relações com o outro, mas ambos não se confundem entre si (ALMEIDA, 2006, p. 1).

A palavra afeto vem do latim *affectur* (afetar, tocar) e constitui elemento básico da afetividade (MOURA, 2006, p. 2), portanto, pode-se concluir, amparado pela referência doutrinária da Psicologia, que afetividade e afeto não têm o mesmo significado, podendo-se indicar a seguinte relação entre ambos: a afetividade poderia ser tomada em sentido amplo e afeto em sentido estrito, uma vez que este se encontra imbricado naquele. Ou sob outra perspectiva: a afetividade seria dinâmica e o afeto estático.

Assim, o termo afetividade, em Psicologia, se confunde em um primeiro momento como sentido que lhe é dado pelo direito, como se verá mais adiante. Contudo, mesmo na Psicologia há mais de uma perspectiva nos estudos científicos desenvolvidos em relação à afetividade, em que esta é tomada de forma mais abrangente, compreendendo também os sentimentos. Por isso mesmo, faz o alerta Geraldo José Ballone: “para entender a Afetividade é necessário compreendermos também alguns elementos do mundo psíquico: as Representações, as Vivências, as Reações Vivenciais e os Sentimentos” (BALLONE, 2003, p. 1). Por fim, arremata o mesmo autor:

A Afetividade compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções. A Afetividade é quem determina a atitude geral da pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove os impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira

agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que oscilam entre dois pólos, a depressão e a euforia.

Desta forma, a Afetividade é quem confere o modo de relação do indivíduo à vida e será através da tonalidade de ânimo que a pessoa perceberá o mundo e a realidade. Direta ou indiretamente a Afetividade exerce profunda influência sobre o pensamento e sobre toda a conduta do indivíduo.

O estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive reflete a sua Afetividade. Tal como as lentes dos óculos, os filtros da Afetividade fazem com que o sol seja percebido com maior ou menor brilho, que a vida tenha perspectivas otimistas ou pessimistas, que o passado seja revivido como um fardo pesado ou, simplesmente lembrado com suavidade. Interfere assim na realidade percebida por cada um de nós mais precisamente, na representação que cada pessoa tem do mundo, de seu mundo.

(...)

Há sempre um ESTADO AFETIVO MOMENTÂNEO para cada pessoa, um tônus afetivo neste exato momento atribuindo os devidos valores às vivências, seja a tristeza na tragédia ou a alegria na comédia, em condições normais. Este estado afetivo momentâneo é variável de momento para momento numa mesma pessoa; ora o humor está mais elevado, ora mais rebaixado. Um mesmo fato que nos parece demasiadamente desagradável no meio do dia poderá parecer muito mais ameno à noite, ou uma mesma brincadeira que nos fez rir ontem pode nos irritar hoje. Nestes casos não estaria havendo variação ou mudança nos fatos, mas sim na representação deles, segundo os “filtros” do afeto (BALLONE, 2003, p. 1).

Justamente em função dessa distinção necessária, a Psicologia prefere referir-se às alterações da afetividade e não às alterações do afeto³⁶. Essa demarcação implica dizer que o afeto está relacionado diretamente aos sentimentos, às emoções, que estão sendo sentidos, do que propriamente a correlação entre os mundos externo e interno, as representações e as vivências, que estão compreendidas na afetividade.

Essa confusão de conceitos na Psicologia, gerada pela diversidade de teorias, uns considerando afetividade, sentimento e emoções como sinônimos, enquanto outros distinguem emoção de sentimento, ligando a primeira ao orgânico e ao instinto e a segunda, ao racional e ao simbólico, também está presente na filosofia. Aliás, com muito mais razão desponta a filosofia previamente à psicologia, não sendo incomum encontrar os estudos desta matéria a

³⁶ Ballone refere alguns quadros ansiosos, como pânico, fobias, somatizações e ansiedade generalizada, como problemas afetivos mais freqüentes; esses transtornos podem existir de duas maneiras: a pessoa está afetivamente abalada ou a pessoa é afetivamente problemática. Essa distinção entre as duas formas vai implicar na escolha dos tipos de tratamento adequados para cada um deles (BALLONE, 2003, p. 6).

partir das noções filosóficas, a exemplo de Vygotski, que baseou parte de seus fundamentos na obra de Espinosa (SAWAIA, 2000, p. 4).

Como foi visto, o estudo da afetividade e das emoções não é recente, nem é interesse exclusivo do mundo ocidental. Muitas vezes, quando se está diante de pesquisas científicas, quase sempre ditadas por estudiosos que pertencem a países ocidentais, esquece-se que no outro lado do mundo também estudos e pesquisas são desenvolvidos. Infelizmente, em razão dessas culturas tão diferentes, não existe intercâmbio razoável de idéias. Não obstante isto, as teorias filosóficas orientais, algumas mais antigas do que as desenvolvidas no Ocidente são estabelecidas sobre valores igualmente relevantes para o desenvolvimento do ser humano. No sexto século antes de Jesus Cristo, por exemplo, Lao-Tzu já demonstrava interesse pelo estudo das emoções humanas (BERCHT; VICCARI, 2006, p. 1).

Não obstante as teorias orientais, os olhos do Ocidente se voltam para os seus pares. Em que pesem as tentativas de outros filósofos na explicação dos sentimentos, como o amor, o dever, a responsabilidade, o respeito, variáveis conforme uma postura apriorística, inatista ou naturalista, próprias de cada pensador, muitos filósofos enfrentaram o tema da afetividade, mas neste trabalho dois deles podem ser destacados pela originalidade na abordagem: Lucien Lévy-Brühl e Bento de Espinosa³⁷, o primeiro na defesa da positivação do sentimento, considerado este em consonância com o conhecimento, a inteligência e a sociabilidade do homem, e o segundo por romper a idéia corrente em seu tempo da dualidade entre o corpo e a mente, em que a alma assumia hierarquicamente o poder de superioridade, idéias preconizadas pelas doutrinas divinistas, contribuindo para uma definição da afetividade. Um e

³⁷ Grafia portuguesa de Baruch de Spinoza.

outro filósofo tiveram ilustres debatedores, como Bergson, Husserl e Wittengstein, em relação a Lévy-Brühl, e Vygotsky, Lessing e Goëthe, com Espinosa, confirmando a importância de suas obras.

Em sua obra, *Pensamentos metafísicos*, Espinosa define afecções do ente como “aqueles atributos sob os quais conhecemos a essência ou a existência de cada ente, mas que só se distinguem delas por uma distinção de Razão” (ESPINOSA, 1997a, p. 39), mas em sua obra principal, *Ética*, o autor entende afecções como “afecções do corpo, pelas quais a potência de agir desse corpo é aumentada ou diminuída, favorecida ou entravada, assim como as idéias dessas afecções” (ESPINOSA, 1997b, p. 276). Nesse segundo texto, escrito em latim, Espinosa refere-se às palavras “*affectio*” e “*affectus*”³⁸, com sentidos diversos, como explica Gilles Deleuze, criticando a prática, para ela muito estranha, de alguns tradutores que tomam as duas palavras da mesma maneira:

É uma catástrofe. Eles traduzem os dois termos, *affectio* e *affectus*, por "afecção". Eu digo que é uma catástrofe porque, quando um filósofo emprega duas palavras é que, por princípio, ele tem uma razão, e, além disso, o francês fornece-nos facilmente as duas palavras que correspondem rigorosamente a *affectio* e a *affectus*, que são "affection" [afecção] para *affectio* e "affect" [afeto] para *affectus*. Alguns tradutores traduzem *affectio* por afecção e *affectus* por sentimento, é melhor do que traduzi-los pela mesma palavra, mas eu não vejo necessidade de recorrer à palavra "sentimento" já que o francês dispõe da palavra "affect" [afeto]. Assim, quando eu emprego a palavra "afeto" ela remete ao *affectus* de Spinoza, e quando eu disser a palavra "afecção", ela remete a *affectio* (1978, p. 1).

Para se entender o que Espinosa convencionou chamar de afeto, é preciso inicialmente ter em conta que para ele, o termo idéia é tomado no sentido em que todo o mundo sempre a

³⁸ “A alma humana não conhece o próprio corpo humano nem sabe que este existe, senão pelas idéias das afecções de que o corpo é afetado” (ESPINOSA, 1997b, p. 245).

tomou na história da filosofia: é um modo de pensamento que representa alguma coisa, um modo de pensamento representativo; na medida em que a idéia representa alguma coisa, diz-se que ela possui uma realidade objetiva (DELEUZE, 1978, p. 1), ou, nas palavras do próprio autor: “a alma humana não percebe nenhum corpo exterior como existente em ato, a não ser pelas idéias das afecções do seu próprio corpo” (ESPINOSA, 1997b, p. 249).

Partindo desse pensamento, é possível identificar um primeiro ponto de partida para distinguir idéia e afeto (*affectus*), porque se chamará de afeto todo modo de pensamento que não representa nada. Tome-se o exemplo do triângulo: o que se convencionou identificar como triângulo não passa de uma representação mental de uma figura geométrica, como também o é o de uma cadeira. Mas no caso do afeto ou sentimento, um amor, por exemplo, não se consegue estabelecer uma representação objetiva. É possível uma representação da pessoa amada, mas não do sentimento em si. Assim, todo modo de pensamento enquanto não representativo será chamado de afeto (DELEUZE, 1978, p. 1). Esta é uma primeira perspectiva de idéia e afeto em Espinosa.

Numa segunda perspectiva, o *affectus* em Espinosa é a variação contínua da força de existir na medida em que essa variação é determinada pelas idéias que se tem. Assim, no texto "definição geral dos afetos", Espinosa diz que o *affectus*, tal como ele o concebe, depende de uma comparação entre as idéias³⁹. Com isso, ele quer dizer que a idéia pode muito bem ser primeira em relação ao afeto, mas idéia e afeto são duas coisas de natureza diferente: o afeto não se reduz a uma comparação intelectual das idéias, o afeto é constituído pela transição vivida ou pela passagem vivida de um grau de perfeição a outro, na medida em que essa

³⁹ “Uma afecção, chamada paixão da alma (*animi pathema*), é uma idéia confusa pela qual a alma afirma a força de existir, maior ou menor do que antes, do seu corpo ou de uma parte deste, e pela presença da qual a alma é determinada a pensar tal coisa de preferência a tal outra” (ESPINOSA, 1997b, p. 336).

passagem é determinada pelas idéias; porém em si mesmo ele não consiste em uma idéia, ele constitui o afeto (DELEUZE, 1978, p. 2).

Espinosa distingue três tipos de idéias: idéias-afecções, *affectio* e essências. Apenas as duas primeiras serão referidas aqui, por estarem mais diretamente relacionadas à proposta do trabalho. A afecção (*affectio*) é uma mistura de dois corpos, um corpo que se diz agir sobre outro, e um corpo que recolhe o traço do primeiro (DELEUZE, 1978, p. 2). As afecções do corpo e as idéias das afecções na alma não são representações cognitivas desinteressadas. São modificações da vida do corpo e significações psíquicas dessa vida corporal, fundadas no interesse vital, que, do lado do corpo, o faz mover-se (afetar e ser afetado por outros corpos) e, do lado da alma, a faz pensar (CHAUÍ, 2002, p.1). Nesse sentido,

as afecções da alma são as idéias (adequadas ou inadequadas) das afecções do corpo. Quem pensa, sente e conhece é o sujeito que é afetado pelas afecções de seu corpo/alma no encontro com outros corpos, não são as práticas discursivas que se apropriam do sujeito como fantasmas poderosos comandando seus desejos e emoções ou as leis da natureza por meio dos instintos geneticamente gravados. Ambos são determinações importantes dos nexos que se estabelecem entre as funções psicológicas superiores na configuração, tanto das emoções instantâneas, quanto dos sentimentos (SAWAIA, 2000, p. 13).

Seguindo o pensamento de Espinosa, a distinção por ele estabelecida entre afecções e *affectus* é tomada em termos de duração. Assim, toda afecção é instantânea, sendo o efeito imediato de uma imagem de algo sobre o homem, podendo esse efeito ter apenas dois sentidos, bom ou ruim. A afecção envolve sempre uma transição do momento antecedente ao atual e deste ao seguinte, justamente a esta transição, Espinosa chamou de afeto. Portanto, o

afeto é algo que a afecção envolve, ele aparece sob a forma de duração que varia em tempo e intensidade (SAWAIA, 2000, p. 14)⁴⁰.

Há que se considerar ainda um viés de maior complexidade: o princípio que rege as figuras interpessoais da afetividade, quando o objeto do afeto é ele mesmo um sujeito desejante, capaz de alegria, tristeza, amor e ódio:

O princípio fundamental aqui é o da “imitação dos afetos”: “Se imaginamos que uma coisa semelhante a nós, e pela qual não experimentamos qualquer afeto, é afetada por um afeto qualquer, apenas por este fato somos afetados por um afeto semelhante”. Esse mimetismo afetivo, verdadeiro fenômeno de contágio emocional, é um mecanismo automático, pré-reflexivo, que não supõe nenhuma comparação entre nós e as coisas que imaginamos semelhantes a nós. Com esse princípio, nossos afetos e condutas passam a ser modificados pela consideração dos afetos que atribuímos imaginados aos outros, afetos estes que reagem sobre os nossos, intervindo em sua constituição. É esse princípio, portanto, que fornece a base afetiva das ligações sociais e que funda os ciclos imaginários da reciprocidade afetiva (GLEIZER, 2005, p. 46-47).

Por isso, dizia Espinosa: “quando amamos uma coisa semelhante a nós, esforçamo-nos, tanto quanto podemos, para fazer com que, por sua vez, ela nos ame também”, afinal “quanto maior é a afecção que imaginamos que a coisa amada experimenta para conosco, tanto mais nos gloriaremos” (ESPINOSA, 1997b, p. 301).

Daí a noção espinosana de afetividade como a capacidade de afetar e ser afetado (*affectio*), incluindo a idéia de sentimentos (*affectus*), cuja afetação faz perdurar na memória e no corpo os efeitos gerados desta interação (ALFAMA; BONA; CALLÉN, 2005, p. 4). Como

⁴⁰ Seguindo essas reflexões de Espinosa, Agnes Heller usa o conceito de duração para distinguir dois tipos de afetos: emoção e sentimento. Emoção seria o afeto que irrompe na relação imediata e momentânea, provocando modificações corpóreas e comportamentais, de fácil constatação. Sentimento seria a emoção sem prazo, com duração longa (SAWAIA, 2000, p. 15).

diria Espinosa, “apenas porque consideramos uma coisa como sendo afetada por afecção de alegria ou de tristeza de que ela não é a causa eficiente, podemos amar ou odiar essa coisa” (ESPINOSA, 1997b, p. 288). A partir de determinadas idéias (alegria, tristeza, desejo e todas as afecções que destes decorrem), Espinosa define outras tantas espécies, que delas derivam, como o amor, o ódio, a esperança, o medo, a admiração, o desprezo, a aversão, a adoração, a segurança, o desespero, o remorso, a comiseração etc. (ESPINOSA, 1997b, p. 323-336), a indicar que tais idéias correspondem aos sentimentos que afetam o corpo pela imaginação da alma, de modo que os estados de afetação (afetar e ser afetado) equivalem à afecção da alma, conforme o objeto por ela ideado permita o desdobramento da alegria, da tristeza ou do desejo.

Se em Espinosa afetividade e afeto têm conotações distintas, em Lévy-Brühl afetividade é sentimento⁴¹, tendo sido este ponto uma parte importante de sua obra, quando o relaciona ao processo de conhecimento. Preocupado em descrever e entender o pensamento primitivo, ele não se furtou às incursões pela psicologia da época, à sociologia e à construção de sua etnologia. Desse modo, a sua filosofia recebeu influência preponderante no cartesianismo de Descartes, no positivismo de Comte e no romantismo de Jacobi:

Havia, portanto, ao tempo de Lévy-Brühl, uma busca de “positividade”, de modo a contrabalançar o pensamento especulativo, próprio da filosofia, especialmente em suas indagações metafísicas. Na França, Auguste Comte (1798-1857) e, sobretudo, Émile Durkheim (1858-1917), com seus respectivos programas de fundar uma ciência positiva, ilustram muito bem essa tendência, da qual Lévy-Brühl não poderia estar ausente, contemporâneo que era de Durkheim (apenas um ano mais velho). (...) Pela forte presença em seu pensamento, poder-se-ia dizer que Descartes, Spinoza, Hume, Kant e Hegel, além, naturalmente, de Comte, ocupam lugar proeminente, para nos limitarmos a pensadores “modernos”, deixando de lado alguns importantes filósofos da “Antigüidade”, como Aristóteles, também fortemente presente em sua formação.

⁴¹ Sentimento aqui tem a conotação idêntica ao afeto referido em Psicologia.

Quebra essa linhagem de grandes pensadores o lugar ocupado por Friedrich Heinrich Jacobi (1743-1819), sobre o qual Lévy-Brühl escreveria uma de suas monografias mais interessantes, cujas idéias tiveram significativo papel na concepção do problema da afetividade, tópico que ocupa um lugar-chave na elucidação de seu pensamento, ao lado da representação, esta última uma questão recorrente na filosofia intelectualista, particularmente em sua tradição kantiana (OLIVEIRA, 2002, p. 20).

Para Lévy-Brühl, a consideração do sentimento como realidade passível de objetivação pela pesquisa empírica era crucial, na dimensão da sociabilidade e na formação de uma ciência dos costumes, uma vez que ele não se contentava com a conotação do sentimento como meramente religiosa ou como componente das relações interindividuais, como fora talhado por Durkheim (OLIVEIRA, 2002, p. 91). Pugnando pela ciência dos costumes, ele não escapou à positividade:

Só (...) o método sociológico – histórico e comparativo -, pode conduzir a esse conhecimento; e a primeira condição para se fazer uso desse método é considerar que os sentimentos devem ser estudados não na forma pela qual eles são experimentados, mas enquanto fazem parte da realidade moral dada. É necessário, pois, que (...) essa realidade seja vista pelo sábio com a mesma objetividade que a realidade física (LEVY-BRÜHL apud OLIVEIRA, 2002, p. 93).

Não afastando a noção racionalista do conhecimento, mas inserindo a afetividade como componente dessa construção cognitiva do homem, Lévy-Brühl ocupou o seu lugar de importância, ao indicar a possibilidade de objetivar os sentimentos e considerá-los objetos de ciência, através de um método. Ao resgatar essa idéia de positividade dos sentimentos por Lévy-Brühl, neste estudo, torna-se possível compreender o que mais adiante é referido sobre a juridicização do afeto.

2.3 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO AFETO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES

Seguindo uma orientação que acompanhou quase todas as legislações que tratam do direito de família no mundo ocidental, pela introdução de direitos fundamentais também às relações familiares (ARNAUD, 1999, p. 103), o legislador brasileiro buscou “juridicizar” a afetividade e a igualdade, como princípios basilares da família contemporânea, não mais importando a sua origem ou a sua estruturação (LOBO, 1989, p. 58). Na nova concepção de família, o filho deixou de ser mero objeto de propriedade do pai, que era tido como chefe da família e dono da mulher e sua prole, para ser tratado como sujeito de direitos. Hoje, quando se fala em estado de filiação, é na perspectiva do direito do filho ao pai. Foi uma mudança significativa que implicou, inclusive, a alteração dos papéis desempenhados pelos elementos da família legitimamente estruturada.

Não obstante ser um dado extremamente positivo essa mudança de paradigmas, a família contemporânea ainda não conseguiu estabelecer os novos papéis de seus membros. Com isso, os pais se encontram perdidos, sem saber como exercer sua autoridade; em razão disso, os filhos não encontram limites em casa e comumente extrapolam os padrões impostos pela sociedade; a inserção feminina no mercado de trabalho desconfigurou a hierarquia conjugal, facilitando o rompimento dos vínculos. O direito de família é mesmo tortuoso e como bem já disse Michelle Perrot, o que se rejeita na família é o nó e não o ninho: “o lar

oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano” (PERROT, 1993, p. 81).

Seguindo essas mudanças no modelo familiar contemporâneo, instigadas pelas alterações sociais cada vez mais rápidas, num mundo consumista e globalizado, em que as tecnologias estão constantemente voltadas à superação (lança-se no mercado um produto hoje, seis meses depois já está ultrapassado), a formação da família parece querer acompanhar esse ritmo acelerado da sociedade de consumo. Fala-se hoje em famílias mosaico, monoparentais, pluriparentais, isossexuais, simultâneas, socioafetivas, enfim já não se fala mais nem em famílias, mas em entidades familiares (LOBO, 2002, p. 41).

Em meio a tudo isso, de fato não há garantias de que o direito de família esteja evoluindo para melhorar alguma coisa, mas há a certeza de que essas mudanças procuram adequar-se às mudanças reais; pela primeira vez o direito caminha em compasso com a realidade e isso já é uma grande conquista. Em função disso, tudo está em construção. Mas a certeza da presença dos princípios concede uma tranquilidade nessa atribulada travessia de paradigmas: a igualdade e a afetividade servem de fundamentos seguros em decisões difíceis, ou, nas palavras de Rizzato Nunes:

(...) em última instância haverá um princípio a ser invocado – e em primeiro lugar, como estamos a demonstrar. É como se o sistema jurídico – que no caso brasileiro é quase completamente escrito – fosse um tecido costurado sobre os princípios. Ou, dizendo de outro modo, a colcha de retalhos de normas está assentada neles. Se essa colcha fosse, por um motivo qualquer, retirada, eles estariam lá, sob ela (NUNES, 2002, p. 23).

A afetividade como vínculo jurídico se distingue dos demais vínculos (obrigacional, patrimonial ou societário), afinal na família não há fim econômico (estes, quando ocorrem, se dão sempre de forma derivada, como no dever de alimentos entre parentes ou no estabelecimento do regime de bens entre os cônjuges), porém seus integrantes jamais poderão ser tomados como sócios ou associados (LOBO, 2006, p. 2). Justamente em função disto, é que a doutrina protesta contra as decisões judiciais que costumam traçar tais paralelos, a fim de estender alguns direitos ainda não previstos em lei, como ocorrera outrora com a união estável e hoje com a união de pessoas de mesmo sexo. Para possibilitar a partilha de bens, os companheiros eram equiparados aos membros de uma sociedade de fato, afastando assim toda e qualquer referência à entidade familiar que lá existia, para se concentrar na questão patrimonial apenas. Hoje, é possível perceber a mudança de pensamento em alguns magistrados, que comumente vem apelar aos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre as pessoas, para se estender direitos de família àquelas situações que não foram previstas pela lei civil.

Como já distinguia Lévy-Brühl, os fatos morais (e aqui se incluía a afetividade) considerados desde fora, objetivamente, e em suas relações com os outros fatos sociais, parecem pertencer à mesma categoria e, como tal, podem ser objetos de ciência (objetivados e positivados) aplicando-se a uns e a outros o mesmo método científico (OLIVEIRA, 2002, p. 69-70).

Inserir a afetividade como princípio fundamental ao estabelecimento dos vínculos formais entre pessoas (seja uma relação sexual ou uma relação fraterna), nada mais é do que finalmente retirar o véu da hipocrisia que cobriu os 77 (setenta e sete) anos em que vigorou o

Código Civil de 1916. Os sentimentos humanos sempre existiram, sempre alguém amou outrem, mas conforme a cultura da época nem sempre puderam formalizar vínculos de filiação e de união sexual estabelecidos no afeto. O instituto da adoção não tinha como preocupação a existência ou não da afinidade necessária para se estabelecer a confiança e o respeito entre pais e filhos, apenas a questão patrimonial importava. Isso porque nas origens da adoção, tal instituto era utilizado para garantir a sucessão dos bens dentro da mesma família (se o casal não tivesse filhos, ou se tivesse apenas filhas, era possível adotar uma criança do sexo masculino para dar continuidade ao nome do chefe da família).

Parece meio óbvio falar em família e afeto. Mas, como já foi visto aqui, nem sempre família e afeto caminharam juntos.

A vida corrida do século XXI impõe respostas cada vez mais rápidas do direito aos questionamentos do dia-a-dia, sobretudo nas relações entre as pessoas e mais especialmente nas suas relações mais íntimas, por isso mesmo a utilização dos princípios como substrato das decisões judiciais será sempre uma garantia de que os valores mais elevados estão sendo observados.

O princípio da afetividade, embora relacionado a valores, com vieses psicológicos e filosóficos, como dito alhures, não se restringe apenas a uma destas perspectivas. Afeto e afetividade, embora dividam a mesma origem, não se confundem: a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento. Esse também é o pensamento de Paulo Lobo:

Por outro lado, a afetividade sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade (LOBO, 2006, p. 2).

A vinculação estabelecida entre pais e filhos pelo afeto não está subordinada à duração do mesmo, pois diferentemente das relações conjugais, as relações filiais necessitam de continuidade e estabilidade, em respeito ao melhor interesse da criança, que não pode ficar à mercê dos humores humanos. Assim, o vínculo formal surgido da socioafetividade na filiação é indissolúvel, razão porque se deve falar em afetividade e não apenas em afeto.

O princípio da afetividade pode ser compreendido como norteador das relações familiares contemporâneas, visando à garantia do respeito aos valores mais elevados da humanidade, ou, em outras palavras, é “o liame específico que une duas pessoas em razão do parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família” (LOBO, 2006, p. 2). A juridicização dessa afetividade hoje nada mais é do que a positivação já imaginada por Lévy-Brühl: na medida em que se deve buscar a quebra do racionalismo desmedido, não se pode afastar a racionalidade. Nesse sentido, o princípio da afetividade tem duas missões: promover comportamentos que permitam a realização de seu fim, bem como realizar o seu fim através da promoção de determinados comportamentos.

CAPÍTULO 3

O DETERMINISMO BIOLÓGICO

3.1 O VÍNCULO BIOLÓGICO E OS MEIOS CIENTÍFICOS DE CONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

Desde os tempos mais remotos, o ser humano imprimiu a sua marca através da prole, mediante a procriação. Embora a identificação genética através de complexos e sofisticados exames laboratoriais, que possibilitam o reconhecimento de linhagens genéticas entre as pessoas, seja um fato recente, o dado biológico sempre existiu. É certo que nem sempre importou a comprovação biológica de parentesco para se estabelecer vinculação jurídica entre os seres, haja vista as saídas estratégicas realizadas ao longo da história, como as adoções que datam desde a Antiguidade – já no tempo de Gaio (Roma antiga) esse recurso era adotado pelas famílias que não podiam ter seus próprios filhos naturais (COULANGES, 2006, p. 59) – ou as inúmeras presunções de paternidade estabelecidas pelas legislações ao longo da modernidade presente, sobretudo, nas codificações ocidentais.

Vale lembrar que o conceito de parentesco no direito romano nem sempre correspondeu a critérios biológicos, como informa Fustel de Coulanges:

Segundo Platão, parentesco seria ter em comum os mesmos deuses domésticos. Dois irmãos, acrescenta Plutarco, são aqueles que têm o dever de fazer os mesmos sacrifícios, de ter os mesmos deuses penates e de partilhar do mesmo túmulo (2006, p. 61).

Se de um lado o homem sempre necessitou estabelecer relações de família, por outro, várias foram as fórmulas para se estabelecer os critérios de parentesco, sendo certo que no direito antigo era a religião doméstica que definia a formação familiar. Nesse contexto, importava o menos possível a ligação genética, embora não fosse desprezada a consangüinidade, uma vez que a adoção, por exemplo, só era utilizada em última instância, após a certeza da impossibilidade de procriação pelos pais. Com o passar do tempo, essa família que agregava pessoas mediante a religião doméstica, passou a se concentrar em núcleos cada vez menores, até atingir a sua formação moderna estabelecida sobre pai, mãe e filhos – naturais e, excepcionalmente, adotivos. Contudo, a evolução da família moderna não se restringe apenas a esse aspecto, como bem já ressaltava Jean Arnaud:

No século XIX, com a desagregação da família extensa e o desaparecimento consecutivo da solidariedade, que constituía um de seus interesses, a família nuclear já se torna alvo de críticas... quando, no final do século XIX, os solidaristas colocam sua teoria do quase contrato social contra a dos juristas socialistas desejosos de fundir o direito privado no direito público, eles tampouco pensaram na família. Ora, no mesmo tempo, muda o espaço familiar, o fundamento da família perde seu caráter institucional, os papéis se transformam. O que resta da família é percebido como lugar de tirania... esse tema será retomado pelas feministas às quais se deve um certo número de melhorias ulteriores da situação da mulher casada no seio da célula familiar. Mais tarde, esse mesmo discurso será adotado pelo conjunto de defensores dos direitos da criança, com grande sucesso. Outras transformações foram provocadas pela evidente inadequação do direito de família à variação das condições sociais, políticas e econômicas no decurso desse século e do nosso (ARNAUD, 1999, p. 86-87).

O parentesco hoje é o vínculo jurídico que pode ser estabelecido pela consangüinidade ou por outra origem (adoção, inseminação artificial heteróloga), daí decorrendo o parentesco consangüíneo ou civil, sendo o primeiro “quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum” e o segundo “quando o vínculo é estabelecido não já por laços de

consangüinidade, mas por ato jurídico voluntário, denominado adoção, ou por reprodução humana assistida heteróloga” (TEPEDINO, 2004, p. 444).

Com a nova configuração de família, principalmente mediante a restrição do núcleo familiar em razão de aspectos econômicos preconizados pelo capitalismo, em grande medida, tornou-se imperiosa a comprovação da legitimidade de filiação. É curioso observar que, ao mesmo tempo em que se privilegiava a legitimidade de filiação, ainda assim não se falava propriamente de origem genética, dada a escolha pela supremacia da paz social, que presumia filhos nascidos na constância do casamento mesmo de origem biológica diversa do marido da mãe. O Código Civil brasileiro de 1916 pautava a família legítima pela constituição mediante o casamento, com exclusividade, afastando a filiação ocorrida fora do casamento e impossibilitando, inclusive, o reconhecimento do filho pelo pai ou pela mãe, nessas hipóteses. Em 1988, com a Constituição Federal, foram afastadas definitivamente as designações de ilegitimidade na filiação, em qualquer de suas formas.

Assim, com os avanços da tecnologia da ciência, especialmente no ramo da biologia, possibilitando o reconhecimento de vínculos genéticos entre pessoas, surgiu um fenômeno curioso que segue na contramão da história da humanidade, como visto há pouco: a supremacia da consangüinidade parental. Esse dado, por sua vez, abre duas linhas de discussão que se entrelaçam ao final: o parentesco estabelecido sobre critérios exclusivamente biológicos e a questão da afetividade, ou, como diria Cláudia Lima Marques, um retorno à “emocionalidade”, na esteira do que já definira Erik Jayme como “retorno dos sentimentos”, citado pela mesma autora (apud MARQUES in: LEITE, 2002, p. 28).

Nesse sentido, há de se ter em conta dois aspectos da origem genética: o direito ao conhecimento dessa origem e a possibilidade de se estabelecer uma relação de parentesco. Paulo Lobo já advertira de que na primeira hipótese trata-se efetivamente de um direito fundamental e como tal o exame de DNA seria primordial para a decisão final (LOBO, 2003, p. 151-154). A questão mais delicada está mesmo quanto a essa possibilidade de se estabelecer vinculação jurídica com base exclusivamente em critérios biológicos. Antes de mais nada, mister se faz conhecer um pouco mais sobre o DNA e os testes que possibilitam o seu conhecimento, suas peculiaridades e técnicas adotadas, sobretudo no âmbito forense, para a inclusão ou exclusão de paternidade.

3.2 MÉTODOS PARA O CONHECIMENTO DA VINCULAÇÃO GENÉTICA

Vários são os métodos para identificação de vinculação biológica entre os indivíduos, sendo o mais popular atualmente a utilização dos códigos genéticos. No entanto, antes de se ter alcançado um elevado grau de precisão na investigação desses códigos, outros métodos também já foram utilizados para o mesmo fim, como o da morfologia externa⁴², que, apesar de ser considerado hoje um método ultrapassado, foi muito utilizado para identificação de pessoas, como também no estabelecimento da filiação, notadamente como indício de

⁴² Como categorias específicas desse método podem ser verificadas nos diferentes tipos de exames científicos conhecidos, como os exames prosopográfico (justaposição de fotografias de investigante e investigado), determinativo das papilas digitais (comparação das impressões digitais de investigante e investigado), determinativo da cor da íris (método de investigação de carga genética que indica o dominante e o recessivo), proporções físicas (comparação de estrutura física entre investigante e investigado, conforme modelos pré-aplicados), pavilhão auricular (comparação de particularidades da orelha entre investigante e investigado), cor da pele (herança genética, ligada à etnia) e redemoinho dos cabelos (baseado em carga genética que individualiza ascendentes e descendentes pela distribuição capilar). Cf. SIMAS FILHO, 2005, p. 159-166.

vinculação biológica, consistindo tal método na comparação sistemática entre pessoas (suposto pai, mãe e filho, por exemplo), a fim de reconhecer semelhanças físicas que pudessem apontar a descendência. Despiciendo dizer que este método foi bastante criticado em função de semelhanças entre pessoas que não guardavam nenhum parentesco direto, como também em razão das alterações a que se encontravam sujeitas às pessoas de sexos diferentes, de carga genética pouco definida ou alterações em razão da idade (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 17).

Justamente em função das enormes possibilidades de inclusão e exclusão de paternidade a que se poderia chegar no uso dessas técnicas que se utilizam elementos físicos com aproximação entre investigante e investigado, é que foram sendo deixadas gradativamente para trás e sendo substituídas por outras, baseadas na morfologia cromossômica, depois nos dados imunológicos e, por fim, os imbatíveis testes de DNA.

Os chamados métodos imunológicos são realizados através do sangue, permitindo a identificação de características próprias de cada grupo sanguíneo, como o ABO, Rh, MNSs, HLA e outros (SIMAS FILHO, 2005, p. 170-210), muito comuns para o conhecimento de vinculação biológica. Embora não estabeleça a paternidade por conceitos positivos, já que não dá a certeza da filiação, é muito eficiente no afastamento da vinculação genética, pois uma pessoa que tenha incompatibilidade entre as espécies sanguíneas do grupo não pode ser considerada geneticamente vinculada (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 20).

Por outro lado, a dificuldade quanto a esses métodos diz respeito às inúmeras possibilidades que se verificam a partir das combinações sanguíneas, de modo a não se

alcançar uma determinação da paternidade definitiva, mas tão-somente a sua exclusão ou um indício de confirmação. Em que pese esta observação, entre as décadas de setenta e noventa o Brasil utilizou muito desse recurso, sobretudo nos testes de sistema ABO nas ações de investigação de paternidade, só vindo a decair em função da massificação dos testes de DNA, não sendo incomum serem encontrados ainda atualmente nos processos judiciais os dois tipos de exames: o exame pelo ABO e o exame pelo DNA.

Por fim, chegou-se aos métodos eletroforéticos, que têm no DNA a sua maior vitrine. Através dessa técnica, uma substância determinada é submetida a um campo elétrico, que obriga aquela substância a migrar ao longo de um suporte determinado, de acordo com a sua carga elétrica, se dando a identificação justamente nestas diferenças de migração, que ocorrem em conformidade com os fatores genéticos; é este método o mais utilizado hoje nos testes de DNA (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 18).

O DNA, sigla que expressa em inglês ADN (*desoxirribonucleic acid*), significa ácido desoxirribonucléico, que é o material genético encontrado dentro do núcleo das células, que pode ser detectado pelas sondas de DNA (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 19). Assim, o DNA é o código genético de cada pessoa⁴³ (BARACHO in: LEITE, 2002, p. 147).

As técnicas oferecem cem por cento de segurança quanto ao resultado negativo de vinculação genética, mas nenhum exame garante os mesmos cem por cento de certeza quanto

⁴³ A ciência refere à existência de mais de 60 tipos de grupos sanguíneos que podem ser utilizados para a identificação genética, dependendo da eficiência que um sistema possui de excluir a vinculação genética do número de alelos presentes no sistema e de sua frequência populacional, já tendo sido pacificado que alguns só são úteis em determinadas raças (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 20). De outra parte, existem diferentes testes de DNA disponíveis atualmente: sondas multilocais (em que várias regiões genéticas são analisadas ao mesmo tempo), baterias de sondas unilocais (em que apenas uma região genética é analisada por vez), testes por PCR de locos únicos (é a *Polymerase Chain Reaction* de regiões do cromossomo) e o seqüenciamento automático de DNA (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 20).

à paternidade biológica: o índice de confiabilidade pode chegar no máximo entre 99% e 99,9999% (TRACHTENBERG in: LEITE, 2002, p. 21), o que, embora relativo, passa a ser considerado como absoluto, diante do elevado índice de probabilidade.

Não obstante isto, o que vem sendo discutido no mundo inteiro, quanto aos exames de identificação genética, diz respeito à definição dessas várias técnicas disponíveis, que podem resultar em inclusões ou exclusões de paternidade falsas, afastando a certeza buscada pelos que se submetem ao exame de DNA.

Recentemente no Estado de Pernambuco houve uma exclusão de paternidade falsa que teve sérias repercussões em uma investigação policial, a propósito do desaparecimento e homicídio de duas jovens de 16 anos, conhecido como o “caso Serrambi”, fato público que foi divulgado fartamente pela imprensa local, em razão de um teste de DNA que fora realizado por Instituto pericial do Estado de São Paulo⁴⁴, evidenciando que erros podem ocorrer, seja na

⁴⁴ “Segundo os especialistas, para confirmar a filiação de alguém, o exame mais seguro e o mais utilizado é o de DNA. No caso de Tarsila, foi avaliado o DNA dos ossos. O exame foi repetido, foram feitos testes adicionais e só então o laudo foi emitido e, no documento, os peritos concluíram pela exclusão de paternidade e maternidade” (CARVALHO, Bianka. **Ministério Público solicita continuidade das investigações no Caso Serrambi**, quarta-feira, 16 de junho de 2004-20h20. Disponível em: <<http://pe360graus.globo.com/noticias360/matImprimir.asp?newsId=4632&siteId=noticias360>>. Acesso em: 28 set. 2006); “Parte do cordão umbilical de Tarsila Gusmão pode ser usada no novo teste de DNA encomendado pelos pais da adolescente, para contestar o resultado obtido pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, que apontou para a exclusão da paternidade e maternidade do comerciante José Vieira e Alza Gusmão em relação à jovem assassinada” (sem autoria. **Exame contará com cordão umbilical: mãe de Tarsila Gusmão conservou tecido em um envelope desde 1987**, disponível em: <http://www.pernambuco.com/diario/2004/06/30/urbana7_0.html>. Acesso em: 28 set. 2006; “O Instituto Nacional de Criminalística (INC) de Brasília já liberou o resultado da contraperícia feita nos restos mortais de Tarsila Gusmão. No entanto, o teor do exame ainda não foi revelado. Depois de ter sido divulgado com dois resultados diferentes (produzidos pelo Instituto de Criminalística de São Paulo e pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro), o terceiro exame de DNA da jovem foi solicitado pelo promotor de Ipojuca, Miguel Sales, como parte das novas diligências para a investigação do duplo assassinato ocorrido em 2003. De acordo com a diretora do INC, Zaira Hellowell, o resultado não pode ser divulgado antes que esteja na Justiça” (OLIVEIRA, Wagner. **Resultado do teste de DNA de Tarsila Gusmão já está no Recife**, quinta-feira, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/imprensa/imprensa_clipping/noticias/2006_fevereiro/09_exame.htm>. Acesso em: 28 set. 2006; “Após a exumação dos corpos das garotas, um exame de DNA chegou a informar publicamente que o comerciante José Vieira e sua ex-esposa, Alza Gusmão, não seriam os pais biológicos de

própria manipulação dos dados, seja no envelopamento do laudo, no seu endereçamento ou até mesmo na identificação dos examinandos, vindo a resultar em laudos trocados ou resultados falsos, que confundirão futuramente os operadores do direito responsáveis pela sua aplicação. No caso citado, o primeiro exame de DNA concluiu pela exclusão de paternidade e de maternidade, posteriormente alterado por novo exame de DNA que concluiu pela inclusão de paternidade e de maternidade, realizados por laboratórios diferentes. Ora, a princípio, se um teste de DNA é considerado inquestionável, seria inadmissível novos exames, o que abre a discussão sobre essa “inquestionabilidade científica”, como também a respeito das técnicas utilizadas, uma vez que os resultados deveriam ser necessariamente os mesmos. Se técnicas diferenciadas podem induzir a resultados diferenciados, é necessário que, principalmente os juízes, tenham ciência desse dado para que possam confiar nos laudos que lhes forem apresentados, como já referido alhures. Diante disso, constata-se que muitas vezes não é nomeado um assistente pericial para elaboração de perguntas ou de esclarecimentos⁴⁵, o que, presume-se, venha a ocorrer apenas em ações investigatórias de partes abastadas. Isso se justifica em razão da clareza gramatical no resultado do laudo de inclusão ou de exclusão de paternidade, porém a informação técnica dos meios utilizados para se chegar ao resultado é incompreensível para o leigo, por isso muitos consideram suficientes apenas as palavras finais: inclusão ou exclusão. Nessa análise perfunctória, inúmeras possibilidades de equívocos podem retratar falsos resultados.

Tarsila Gusmão. O comerciante teve a residência vistoriada pela Polícia Civil e chegou a ser detido por posse ilegal de armas. As armas eram de caça e haviam sido deixadas como herança pelo pai do comerciante. José Vieira pagou do próprio bolso um segundo exame de DNA e provou que Tarsila era mesmo filha biológica do casal. Atualmente ele tenta ressarcimento por danos morais” (Disponível em: <http://jc.uol.com.br/tvjornal/2005/06/13/not_79592.php>. Acesso em: 28 set. 2006.

⁴⁵ Sobre sugestões de quesitos ou solicitação de esclarecimentos complementares em laudos que utilizam o DNA para investigação de paternidade, cf. VIEIRA; VIEIRA, 2006, p. 8-9.

Justamente por esses aspectos, é que não se pode deixar de questionar: em que medida um teste de DNA pode “determinar” a paternidade de alguém?

3.3 A HERANÇA GENÉTICA COMO VINCULAÇÃO PATERNO-FILIAL

O DNA é uma molécula que contém, de forma codificada, a informação genética de cada indivíduo, estando presente nas células do corpo humano e se encontra organizada em forma de escada em espiral, cujos “degraus” compõem quatro bases repetitivas conhecidas como adenina, guanina, citosina e timina (AGCT), as quais se combinam de duas em duas, formando uns pares básicos, seja A-T ou C-G, como degraus (LUGO apud BARACHO in: LEITE, 2002, p. 148). Mediante técnicas específicas, é possível isolar e identificar esses códigos, de modo a fornecer um mapeamento que torna única cada pessoa, isso porque, embora a matéria genética esteja codificada por essas quatro bases repetitivas que formam os pares básicos, a maior parte da ordem dos três bilhões de pares básicos do DNA, está presente em todos os indivíduos, fazendo com que todos tenham orelhas, nariz, olhos, órgãos internos, braços, pernas, etc.; o resto, da ordem de três milhões de pares básicos aproximadamente, é significativamente distinto de um indivíduo a outro. Estes últimos pares são conhecidos como polimórficos e constituem uma décima parte de um por cento dos pares que compõem o DNA (LUGO apud BARACHO in: LEITE, 2002, p. 148).

O DNA de cada pessoa é, então, único e específico (exceto o dos gêmeos idênticos), constituindo esses fragmentos polimórficos particulares de cada pessoa um vestígio pessoal

em cada núcleo celular e ajudando a estabelecer padrões discriminatórios, que possibilitam o estabelecimento de vínculos genéticos. São nesses fragmentos, também ditos *locus* polimórficos onde são encontradas localidades específicas, chamadas *loci*, que representam determinadas heranças genéticas herdadas, denominadas alelos e que permitem a individualização de uma pessoa, a partir de um fragmento aportado pela mãe e outro aportado pelo pai, que são comumente distintos entre si (LUGO apud BARACHO in: LEITE, 2002, p. 148).

Uma investigação de paternidade tem por base a análise dos códigos genéticos, através das informações contidas na mãe, no filho e no suposto genitor, cujo grau de confiabilidade é de 99,9999% na inclusão do vínculo genético. Na exclusão um alelo encontrado no filho que não está presente na mãe, também está ausente no pai, permitindo a conclusão de que o investigado não é o pai biológico do filho em questão. Na confirmação da paternidade fica evidente que o mesmo alelo presente no DNA do filho também existe no DNA do suposto pai. Esta análise é repetida para vários locos gênicos, permitindo conclusões seguras. Quando em vários locos genéticos os alelos do filho (que não foram os herdados da mãe) estão ausentes no suposto pai, há a indicação de que o pai biológico deve ser outro e não o investigado, caracterizando-se assim uma exclusão de paternidade. Quando em todos os locos estudados os alelos presentes no filho, que não foram herdados da mãe, estão presentes no investigado, a conclusão é de que este é o pai biológico do filho em questão, caracterizando-se a inclusão da paternidade.

Todavia, é interessante observar que biologismo e afetividade não se relacionam necessariamente. Assim, uma ação de investigação de paternidade que se fundamenta num

dado meramente biológico valoriza apenas um aspecto da questão, numa perspectiva francamente exclusivista e restritiva.

Além de tudo, um outro motivo de preocupação dessa preferência biologistica na determinação de paternidade se refere ao quantitativo de testes de DNA realizados no Brasil. Segundo artigo de José Geraldo de Freitas Drumond, médico e Professor de Medicina Legal da Universidade Estadual de Montes Claros/Minas Gerais, estima-se que são realizados em torno de 10 (dez) mil exames de DNA por ano, no Brasil, através de, pelo menos, 50 (cinquenta) laboratórios especializados, cuja divulgação pode ser encontrada na mídia (DRUMOND, 2006, p. 1).

A procura pelos exames de DNA se deve, em grande parte, à publicidade constante acerca da certeza do resultado, bem como à cultura da consangüinidade das relações de parentesco, reforçada nos últimos tempos pelo declínio do custo final a ser pago pelo consumidor. Até a década de noventa, o valor médio do exame de DNA era de R\$ 1.200,00, hoje esse valor pode chegar até a metade ou menos, girando em torno dos R\$ 500,00 por teste (DRUMOND, 2006, p. 1).

Diante dos números apontados, não se pode continuar à margem de estudos específicos desse fenômeno assustador, sobretudo quanto ao aspecto principal do exame, que é a atribuição de paternidade. A determinação de paternidade não é somente indicar um nome no registro de nascimento, pois pode implicar também no exercício do poder familiar, com todos os seus direitos e deveres correlatos. Percebe-se de logo que a carência dessas

estatísticas precisas e confiáveis em todo o território nacional traz importantes desdobramentos de cunho econômico e social.

De fato, não obstante à idéia inicial de infalibilidade do exame de DNA, sobretudo veiculada pela mídia, especialmente em jornais, programas de televisão e novelas (DIAS, 2003, p. 1), é preciso que se tenha cautela diante do que se pode esperar de um teste sanguíneo realizado em laboratório, pois, embora seja de grande valia a sua utilização na identificação de uma pessoa (não se pode olvidar a grande ferramenta que representa um teste de DNA para o esclarecimento da identidade de seres humanos em grandes catástrofes, como acidentes aéreos, terremotos, explosões ou guerras). A utilização do DNA como meio de atribuição de paternidade foi severamente criticada pelo Prof. Ivo Antônio Vieira, que declarou:

O Brasil é um dos poucos países que utiliza um exame tão complexo, e de forma tão irresponsável, para investigação de vínculo genético. Nos países mais desenvolvidos, em que o DNA tem importância capital no conhecimento humano, raramente se utiliza nos tribunais com esta finalidade. Aqui o maior incremento deve-se, muito provavelmente, por interesses econômicos de quem pede e de quem realiza o exame (apud DIAS, 2003, p. 2).

Em que pesem esses dados biológicos determinantes da vinculação entre o pai – gerador – e o filho, a relação paterna não se instala automaticamente com o nascimento da criança. Uma relação entre dois indivíduos distintos se inicia em dado momento e se desenvolve ao longo do tempo, assim o nascimento do filho, muitas vezes, é o momento inicial da relação paterno-filial, mas não se esgota aí; muito pelo contrário, pai e filho terão a vida inteira em comum para cultivar os laços afetivos que surgem da convivência e que

podem permanecer ou podem ser interrompidos pelos acasos da vida. Como dito, o nascimento da criança origina, quando muito, o termo inicial da relação paterno-filial, mas não é meio e fim dessa relação.

As histórias de vida de muitas pessoas comprovam o que já foi dito por muitos psicólogos: a relação entre as pessoas é construída, não nasce pronta. E, embora o dado biológico seja o elo inicial da relação entre pai e filho, não se esgota nele.

O fato é que a paternidade não se restringe à vinculação biológica. Esta é perfeitamente verificável pelas diversas técnicas acima mencionadas e isso tem lá sua relevância, sobretudo para as questões médicas (doenças geneticamente transmissíveis, impedimentos para relações sexuais de pessoas oriundas do mesmo descendente, que possam vir a prejudicar eventual prole, e até mesmo para permitir o conhecimento da origem genética de alguém⁴⁶). Contudo, a paternidade plena é mais do que isso; apresenta-se sob variadas funções e apenas no exercício delas é que se encontra a verdadeira paternidade.

Ao se atribuir paternidade com base em dados exclusivamente biológicos, permite-se consolidar um perigoso determinismo científico que amputa a relação paterno-filial plena, pois esta se verifica na conciliação dos dados genéticos e afetivos, desenvolvidos entre pai e filho. Quando se prescindir da vinculação biológica, ainda assim a afetividade permite a paternidade ideal, mas o contrário é impossível, pois a vinculação meramente biológica não é capaz, por si só, de estabelecer uma relação paterno-filial. Ainda assim, é possível encontrar,

⁴⁶ Sobre o tema, conferir o alerta que é dado pelos Profs. Ivo Vieira e Rodrigo Pinheiro Vieira acerca da importância na identificação da técnica utilizada no teste de DNA (VIEIRA; VIEIRA, 2006, p. 6).

no direito brasileiro, instrumentos jurídicos que confirmam a aplicação da tese biologista, como é o caso da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, analisada em seguida.

CAPÍTULO 4

A SÚMULA 301 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para enfrentar a questão da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, fez-se a opção por duas linhas críticas: uma em relação ao Poder Judiciário, representado nesse momento pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a referida Súmula, e outra em relação às partes interessadas por ocasião da aplicação do mesmo instrumento normativo-processual. Assim, em relação ao primeiro aspecto, adotou-se a teoria comunicativa habermasiana, no intuito de se verificar a intenção da Súmula, se voltada à comunicação entre as partes envolvidas, ou se meramente estratégica. No segundo aspecto, procurou-se seguir o pensamento crítico da nova doutrina juscivilista brasileira, aqui representada por Paulo Lobo, em análise recente da matéria.

4.1 O TEOR DA SÚMULA

Em 23 de outubro de 2004, foi editada a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça nacional, com a seguinte redação: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”⁴⁷. Seu conteúdo

⁴⁷ A Súmula 301 do STJ foi aprovada pela Segunda Seção do Tribunal, composta pelas Terceira e Quarta Turmas; teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi. Os fundamentos legais foram os arts. 332, 333, II e 334, IV, do CPC; como precedentes jurisprudenciais, os Recursos Especiais 135.361-MG, 4ª Turma, j. em 15 dez. 1998; 55.958-RS, 4ª Turma, j. em 06 abr. 1999; 409.285-PR, 4ª Turma, j. em 13 set. 2001; 460.302-PR, 3ª Turma, j. em 28 out. 2003; e Agravo Regimental no Agravo 498.398-MG, 3ª Turma, j. em 16 set. 2003. (MELO JR., 2005, p. 2).

veio corroborar com as disposições do art. 231 do Código Civil de 2002: “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”⁴⁸.

De fato, houve uma resposta do Poder Judiciário aos abusos que vinham sendo cometidos pelos investigados, nas ações de investigação de paternidade, que se recusavam a realizar o exame de DNA. Todavia, andou bem a Súmula 301, quando determinou a presunção relativa, que, por sua vez, pode ser elidida por outros meios probatórios.

Estribado nesse elevado grau de acertabilidade no resultado da investigação genética, o Poder Judiciário elegeu o exame de DNA como o meio mais adequado para fundamentar a decisão. Porém, muitos magistrados não têm conhecimento das diversas técnicas que podem ser utilizadas nem desconfiam também das falhas que podem ocorrer, diante desse verdadeiro “filão” que vem conquistando igualmente muitos laboratórios, que algumas vezes não dispõem de material ou pessoal qualificado para um resultado seguro. Essa preocupação, que caminha lado a lado com a necessidade de uma decisão segura, é legítima e divide opiniões. Genival Veloso de França Filho redigiu artigo nesse sentido, esposando a tese da ponderação que deve ter o julgador, que não deve se deslumbrar com essa propagada incontestabilidade da prova científica:

O que se tem percebido é que o exame de DNA passou a ser, para muitos operadores do direito, condição *sine qua non* para a comprovação da paternidade, ao argumento de uma certeza científica incontestável. Entretanto, sabemos que essa suposta certeza, quase inabalável, não pode prosperar, principalmente quando se noticia diariamente pelos meios científicos acerca da imprestabilidade de alguns resultados e métodos de exames hematológicos, quando muitos deles, confeccionados em laboratórios não qualificados, despreparados e sem recursos científicos suficientes para a efetividade desses procedimentos. (FRANÇA FILHO, 2004, p. 1).

⁴⁸ Texto transcrito da própria lei.

O que torna atrativo o DNA como meio de prova é o fato de que toda pessoa recebe metade dos seus cromossomos do pai e metade da mãe, o que torna possível a identificação genética, quando realizado por pessoas qualificadas.

Deve-se ressaltar, ainda, que a demanda emergente das vias judiciais que pugnam pelos exames de DNA tem crescido a cada ano, o que vem impulsionando vários Estados brasileiros a estabelecerem programas, sazonais ou permanentes, que buscam facilitar a realização dessas perícias, como é o caso de Minas Gerais⁴⁹, Pernambuco⁵⁰, Rio de Janeiro⁵¹, entre outros. Diversas ações estatais vêm contribuindo para a massificação dos exames de DNA e isso é justificado em função do elevado número de ações judiciais de estado de filiação⁵².

Na prática, o que se tem são as prateleiras dos magistrados abarrotadas de processos de investigação de paternidade e a exigência dos investigantes por uma solução rápida do litígio. De outra parte, existe todo um procedimento a ser seguido, para se obter a legitimidade da decisão. E no meio disso, a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que procura encurtar

⁴⁹ O Estado de Minas Gerais dispõe de uma Coordenadoria de DNA da Secretaria Estadual de Saúde, através de convênio firmado entre o Estado e a Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, em vigor desde outubro de 1997. (Informação disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/dna.htm>>. Acesso em 09 ago. 2004).

⁵⁰ O Estado de Pernambuco firmou convênio com o Laboratório de Genética Molecular Humana, da Universidade Federal de Pernambuco, para a realização de 600 (seiscentos) exames de DNA entre os anos de 2003-2004, nos processos judiciais patrocinados pela Defensoria Pública do Estado. (Informação disponível em: <<http://www.nlink.com.br/mauricio/novidades/20030912.html>>. Acesso em 15 set. 2005).

⁵¹ A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro vem desenvolvendo desde agosto de 1996 um projeto para realização de exames de DNA gratuitos para a população de baixa renda, através de convênio firmado com o Laboratório Genealógica Diagnósticos Moleculares Ltda. (Informação disponível em: <<http://www.dpge.rj.gov.br/dna/defensor0.htm>>. Acesso em: 15 set. 2005).

⁵² Só no Estado de Pernambuco, existia até dezembro de 2004 o número de 5.226 (cinco mil, duzentos e vinte e seis) processos de estado de filiação, conforme Relatório de Investigação/Reconhecimento/ Negativa de Paternidade/Maternidade emitido pelo Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, através do sistema de informática (disponível no site: <<http://www.tjpe.gov.br>>.).

o procedimento, sem desconfiar da fragilidade no método DNA, que pode levar o julgador a erro, como também ser elidido por uma série de recursos estribados em princípios constitucionais e infra-constitucionais que facilmente afastam a aplicabilidade da orientação sumular, a exemplo da consolidação da posse de estado de filiação.

Isso porque, não é demais lembrar, que a presunção de paternidade por recusa à realização de perícia médica é medida excepcional e relativa, devendo ser sopesada com muito critério por parte do julgador, a fim de evitar decisões apressadas e excessivamente legalistas, que, mais tarde, podem resultar em transtornos sociais mais graves, como as terríveis disputas judiciais pela guarda ou visita da criança, motivadas apenas pelo desejo de vingança contra o pai ou a mãe que detém a guarda e não pelo interesse no exercício da paternidade ou maternidade. Essa situação é provocada, no mais das vezes, em decorrência da criação do vínculo jurídico de paternidade sem afeto: se existe a obrigação de pensionar uma criança que foi reconhecida como filha, deve existir também o direito de visita e de participação na educação da mesma e não apenas uma obrigação patrimonial, para tanto bastaria a comprovação da origem biológica em ação diversa da investigação de paternidade. Esse aspecto será abordado mais adiante.

É possível analisar o conteúdo da Súmula 301 do STJ conforme a teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, que defende o uso da linguagem como meio de se atingir a racionalidade, de forma a legitimar as decisões que são tomadas pelos magistrados, quando seus discursos (no caso, os julgados) sejam comunicativos e não somente estratégicos, ou seja, quando existe a verdadeira intenção de resolver o litígio, sopesando todas as circunstâncias pertinentes ao caso concreto, e, ademais, em atenção ao princípio do melhor

interesse da criança, não proferindo sentença apenas para atingir um índice de produtividade, mas visando ao estabelecimento adequado da medida.

4.2 A FINALIDADE DA SÚMULA

A Súmula 301 dispõe, então, sobre a presunção de paternidade em caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, nas ações de estado de filiação. O que objetivava superar um entrave processual nas ações judiciais, especialmente nas de investigação de paternidade, terminou provocando polêmica e suscitou debates acirrados em torno da disputa de dois direitos: de um lado, o direito subjetivo do filho em ter amplo acesso à produção de provas que possam determinar a sua origem genética; do outro, o direito subjetivo do suposto pai, em não produzir, ele próprio, prova contra si.

Afastadas as considerações práticas que possam ter originado a Súmula em comento, que não serão apreciadas aqui por absoluta impropriedade de meios, o estudo se prenderá aos efeitos dela no sistema jurídico nacional, sobretudo nas ações de estado de filiação, numa análise teórica conforme a proposta de Jürgen Habermas e a sua ação comunicativa.

A teoria da ação comunicativa habermasiana é fruto de uma corrente jusfilosófica, que insere o direito como uma disciplina do discurso racional. A tentativa de Habermas é justamente situar o direito, por sua carga inegável de argumentação, como forma de linguagem. Assim, o autor distingue dois tipos de ação: a comunicativa e a estratégica,

situando a primeira como fonte de integração social e a segunda apenas como meio de transmissão de informação (HABERMAS, 2002, p. 110).

A análise a que foi submetida a Súmula 301 do Superior do Tribunal de Justiça tem precisamente o objetivo de responder uma questão: tal decisão da Justiça brasileira visa efetivamente buscar a integração social, com intuito de alcançar um verdadeiro entendimento com os operadores do direito, garantindo a realização e conseqüente eficiência ao meio de prova que o exame de DNA representa nas ações de investigação de paternidade, ou esta decisão vem apenas transmitir uma inquietação dos juízes, que, sem o exame de DNA, interrompem o curso processual, por atribuir uma relevância ao exame, em detrimento dos demais meios de prova? Esse recurso quase obrigatório do exame de DNA atende aos interesses das partes ou aos do juiz?

A questão se prende ao fato de que, hoje, na realidade, os juízes de primeiro grau já não julgam mais as ações de investigação de paternidade que não têm exame de DNA e isso pode ser verificado justamente pelo crescente número de testes de DNA que vêm sendo realizados em todo o país⁵³. Tornou-se verdadeira muleta para o julgador a realização de perícia genética, muitas vezes fazendo com que a decisão leve em consideração apenas um dos aspectos que estão sendo discutidos: a origem genética em detrimento da relação paterno-filial. Isso deve ser lembrado porque a ação de investigação de paternidade não tem apenas o objetivo de indicar a vinculação genética entre pessoas, mas visa também estabelecer vínculo jurídico de paternidade (VENCELAU, 2004, p.89-90). Sabe-se que a relação paterno-filial

⁵³ Cf. Capítulo 3, deste trabalho.

não pode ser imputada juridicamente, dissociada do vínculo afetivo, originando uma relação baseada estritamente no campo econômico.

Diante de tudo isso, realizou-se um estudo da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça à luz da teoria da ação comunicativa, partindo do pressuposto teórico que a atividade jurisdicional deve ser comunicativa, buscando sempre a integração social plena.

4.2.1 A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas

Em todos os momentos da vida, o homem lança mão da linguagem, em casa, no trabalho, no lazer, na escola. Ao longo de um dia, é possível identificar diferentes tipos de ação lingüística e suas respectivas características. Para possibilitar o entendimento da proposta do discurso como comunicação na sua teoria, Habermas utiliza um conceito ideal do mundo da vida, através de alguns componentes: paradigmas culturais, ordens legítimas e estruturas pessoais, como formas condensadas dos processos que operam pela ação comunicativa, quais sejam: o entendimento, a coordenação da ação e a socialização (HABERMAS, 2002b, p. 138). Para o autor, o mundo da vida no seu todo apenas se torna perceptível quando se está por trás de um agente, vendo a ação comunicativa como elemento de um processo circular em que aquele deixa de aparecer como iniciador para surgir como produto das tradições no seio das quais se situa, dos grupos solidários a que pertence, da socialização e dos processos de aprendizagem a que está sujeita (HABERMAS, 2002b, p. 137). Como bem traduziu Chamon Jr., o mundo da vida seria o “pano de fundo do qual

Habermas lança mão enquanto um horizonte de sentido em princípio aproblemático e compartilhado pelos sujeitos” (CHAMON JR., 2005, p. 182).

A ação comunicativa é oriunda das teorias do discurso e, como tais, tem uma preocupação latente com a veracidade, com a sinceridade do falante; essa é uma marca própria das teses que utilizam a comunicação como meio de interação social: assim foi com Gadamer e a sua hermenêutica (GADAMER, 1997, p. 488-489), Alexy e a teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2001, p.181) e o próprio Habermas (HABERMAS, 2002b, p. 12). Percebe-se uma preocupação muito forte em associar uma comunicação voltada à interação com a sinceridade que devem ter os participantes do discurso e é interessante observar o confronto dessas teorias com a prática jurídica, pois existe um verdadeiro abismo, poderia dizer-se até um vácuo, que não permite ligação alguma entre agir-sincero e agir-no-processo, onde o autor muitas vezes maximiza o pedido, exagera na redação dos fatos, pede além do que sabe ter direito, requer provas desnecessárias, enfim “vitimiza-se” ao extremo; de sua parte, o réu se diz pobre coitado, inocente, que não sabe porque está sendo processado, nega todos os fatos que lhe são imputados, ou que não tem condições de suportar nenhum ônus financeiro com a demanda. Enfim, de uma parte a outra, no mais das vezes, não há sinceridade nos atos do processo.

Porém, uma coisa é certa nessas teorias do discurso: o ideal é que o processo, por ser o instrumento pelo qual se desenrola o procedimento legitimador da decisão judicial, possa espelhar, em todos os seus atos, o que se espera da sentença final: a racionalidade que fundamentará o que se pode chamar de verdade. Por serem apenas teorias, buscam o ideal; o

processo, por ser prático, deveria contaminar-se delas e tentar aproximar-se, o máximo possível, desse ideal.

A busca da racionalidade também está presente nessas teorias do discurso. Fala-se numa racionalidade argumentativa, que tem como seus pilares: 1) afastar o conceito de verdade, ou, pelo menos, não no sentido unívoco e acabado; 2) permitir a mutação do que seja científico; 3) valorizar a multiplicidade e a controvérsia; 4) ter como autoritário o conhecimento que afaste a redução de complexidade; 5) relativizar o conhecimento; 6) rejeitar os absolutismos; 7) sobrelevar os ideais democráticos do pensamento ocidental, pela revalorização da multiplicidade; 8) buscar aproximação com a lógica (FARIAS, 2002, p. 130). Em Habermas, a racionalidade moderna não é referente a uma “concepção particularista, mas, antes, a uma razão que se mostra comunicativa: é o meio lingüístico aquele que permite as interações e que torna possível a própria razão comunicativa” (CHAMON JR., 2005, p. 221).

A teoria da ação comunicativa surge exatamente em meio a essa busca da reconstrução de uma racionalidade: o racional e o irracional somente podem ser estabelecidos e reconhecidos em termos comunicativos, na medida em que aquelas ações se desenvolvem sob um pano de fundo (o mundo da vida). A racionalidade presente no contexto do mundo da vida se refere a uma ação orientada ao entendimento (comunicativa), porém não exclui Habermas a ação estratégica, em que o agente não visa ao entedimento, antes procura a realização de determinados fins (CHAMON JR., 2005, p. 181-182).

Habermas distingue ação comunicativa da ação estratégica, dentre outras formas, da seguinte maneira: dependendo da forma de ligação entre *alter* e *ego*, resultarão diferentes tipos de interações linguisticamente mediadas; os dois tipos de interação podem ser distinguidos conforme os respectivos mecanismos de coordenação de ação – em particular, segundo a questão de a linguagem natural ser ou não utilizada apenas como meio de transmissão de informação – ou de se fazer ou não uso dela como fonte de integração social (HABERMAS, 2002b, p. 109-110). Essa distinção é, para o autor, excludente, não se podendo falar que uma ação possa, ao mesmo tempo, motivar convicções (ação comunicativa) e induzir comportamentos (ação estratégica), o que implica concluir que uma ação não pode ser simultaneamente comunicativa e estratégica (HABERMAS, 2002b, p. 111).

A ação comunicativa, por decorrer da linguagem que busca o entendimento, deve satisfazer condições rigorosas, que são enumeradas por Habermas: 1) adequação dos planos pelos agentes; 2) cooperação; 3) partilhamento do mundo da vida; 4) interpretações comuns da situação; 5) cumprimento sem reservas do objetivo ilocutório, isto é, ações voltadas para o entendimento (HABERMAS, 2002b, p. 111). Justamente estas pretensões de validade – de verdade proposicional, acerto normativo e sinceridade subjetiva – são minadas nos contextos de ação manifestamente estratégica, cujo ato de fala é substituído por formas de exercer influência exteriores à linguagem (HABERMAS, 2002b, p. 114).

No rastro dessas idéias, vai se delineando uma ação muito mais estratégica do que comunicativa nos atos jurídicos: a norma jurídica é estratégica (depois da fala, o não cumprimento gera a sanção); a decisão judicial é estratégica (depois da ordem, a desobediência gera a sanção). O próprio Habermas definiu que onde a ação for estratégica,

não pode ser simultaneamente comunicativa, pois “os actos de fala não podem ser levados a cabo com as intenções simultâneas de se conseguir entendimento com um interlocutor e exercer uma influência causal sobre o mesmo” (HABERMAS, 2002b, p. 110). Nessa ótica, parece, de fato, que o direito tem a intenção de interagir socialmente, de ter um discurso voltado efetivamente para o entendimento, no entanto a sua exteriorização e seu ingresso no mundo é estratégico: onde não há convencimento pelos argumentos, há de ser imposto pela força (a coerção é o elemento de distinção por excelência entre as normas morais e as normas jurídicas).

Nessa linha de pensamento, a fim de apontar a sua adequabilidade como medida facilitadora do processo ou a sua falibilidade como instrumento comunicativo, é que se coloca a questão de se considerar a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: ação manifestamente estratégica ou ação comunicativa?

4.2.1.1 A Súmula 301 do STJ: ação comunicativa ou ação estratégica?

Inicialmente, cabe lembrar que uma súmula tem a pretensão de norma. A decisão judicial é uma norma individual, várias decisões judiciais de um mesmo sentido em grau de recurso constituem uma jurisprudência e as súmulas são as decisões reunificadas desses julgados. Seu objetivo é o de pacificar matérias que são reiteradamente submetidas aos tribunais superiores, a fim de deixar informado aos demais operadores do direito como se encontra definido o pensamento da alta corte, servindo em duplo aspecto: inibir recursos aos

tribunais de segundo grau, já adiantando como seria o julgado naquelas situações, e harmonizar o pensamento dos julgadores.

Para atender a estes dois aspectos, é que o Poder Judiciário brasileiro veio adotar a súmula vinculante, por isso mesmo tendo sido recebida de forma meio atravessada por alguns doutrinadores: a vinculação da súmula limitaria a liberdade do magistrado de primeiro grau na sua apreciação do feito (MELO JR., 2005, p. 1).

Como norma, a súmula busca atender ao maior número possível das situações que possam vir a existir na prática, de forma geral e abstrata, com vistas ao futuro. Nesse sentido, o uso da linguagem como meio de comunicação é óbvio. O sentido e o alcance de uma norma é dado pelo legislador, no momento de sua elaboração. Sabe-se que este é exatamente um dos grandes problemas dos operadores do direito: a aplicação da norma, quando não se é mais possível obter esse sentido e alcance. Gadamer, em sua obra, propõe uma redefinição da postura do operador jurídico diante de um texto jurídico, afastando aquelas tentativas mal-sucedidas de métodos interpretativos dos textos normativos, segundo modelos positivistas (GADAMER, 1997, p. 459-461). É uma obra que, apesar das críticas, consegue superar em muitos aspectos as falhas apontadas, devendo por isso mesmo ser lembrada como a busca pela ruptura da metodologia cartesiana⁵⁴.

Um texto normativo não está preocupado em interagir socialmente; o seu intuito é de informar o que se pode e o que não se pode fazer, sob pena de sanção. O discurso da norma é

⁵⁴ As idéias de Gadamer sobre pré-compreensão, compreensão, interpretação e aplicação, como passos a serem seguidos de forma geral e por todos os leitores diante de um texto, a fim de se alcançar a verdade, sendo esta observada pelo aplicador conforme suas opiniões e seu momento histórico são ainda atuais. Não se trata de método, mas de uma postura de vida diante de todos os fatos e situações que necessitem de interpretação.

estratégico, na visão habermasiana, senão vejamos: não há igualdade entre os agentes (o legislador está acima daqueles a quem a norma se dirige); não há comunicação entre os agentes (a norma é editada de cima para baixo, embora no caso do Poder Legislativo exista uma presunção de representação); não se pode dizer que exista também sinceridade no discurso. A norma tem a tarefa de impor limites, de permitir ações, mas em ambos os casos também prevêem sanções pela falta de observância de suas determinações. Neste sentido, muito mais se assemelha à ação estratégica.

Tomando a súmula por uma espécie de norma, a conclusão a que se pode chegar é que também ela seria estratégica. A Súmula 301 do STJ, quando dispõe que a ausência, sem justo motivo, do investigado ao exame de DNA, em ação de investigação de paternidade, implica em presunção de paternidade, estabelece ali a sanção: todo investigado, em ação judicial de investigação de paternidade, deve se submeter ao exame de DNA, quando a perícia tiver sido deferida pelo magistrado e a não submissão a esse preceito implicará na presunção de paternidade. Assim, a Súmula inicia o seu texto com uma informação e termina estabelecendo uma sanção, o que a torna de conteúdo manifestamente estratégico.

Uma observação deve ser feita, todavia. Habermas, em sua *Teoria da ação comunicativa*, distinguia inicialmente o direito como instituição e como meio, talvez daí venha essa visão do direito como comunicação e como estratégia. Mais tarde, esse pensamento foi revisto, sobretudo após a sua obra *Facticidad y validez*, onde o autor demonstra um cuidado maior ao tratar da legitimidade do direito, o que vai implicar numa nova visão do próprio direito (CHAMON JR., 2005, p. 237). Habermas aproxima o direito da moral, vislumbrando na modernidade, uma vinculação do direito a uma moral principiológica,

o que vem a marcar o que ele reconhece como complementaridade, na medida em que o direito está internamente vinculado a uma moral (CHAMON JR., 2005, p. 245), mas não é a moral o fundamento do direito. Nesse sentido, o princípio legitimador do direito, para Habermas, é o discurso: “o princípio do discurso, tanto sob a perspectiva moral quanto democrática, pretende inserir um fundamento de imparcialidade no juízo que há que ser provido racionalmente (discursivamente)” (CHAMON JR., 2005, p. 249).

Essa retomada do pensamento habermasiano conflita com o que se poderia chamar de sua primeira fase, iniciada na *Teoria da ação comunicativa*, em que se baseou este estudo. A legitimação do direito pelo discurso e o reconhecimento também como comunicativo do poder que abarca a coerção, redireciona completamente o sentido do que vem a ser comunicativo ou estratégico. Entretanto, a evolução do pensamento de Habermas, embora pareça mais acertado no que se refere à legitimação do direito, não deixa claro em que momento os conceitos de comunicação e estratégia possam ou não ser distinguidos, resultando na máxima de que o resultado de uma ação será racional desde que cumpridas as regras do discurso. É o mesmo princípio da legitimação pelo procedimento, de Luhmann, da qual o próprio Habermas foi crítico: a racionalidade comunicativa é alcançada pelas regras do discurso, quando observadas estas. O fato é que a controvérsia no estudo do direito reside na sua circularidade, o que faz com que a legitimidade do direito surja de mecanismos legais (legalidade), retornando a si próprio sempre (CHAMON JR., 2005, p. 238). As distorções que preocupam os juristas parecem residir nessa circularidade: quem legitima o quê.

Mesmo assim, tendo em conta a realidade brasileira, ainda é possível considerar apenas as primeiras lições de Habermas, para entender o direito como mera ação estratégica.

Não é possível pensar racionalmente, em termos da teoria do discurso, pós-*Faticidad* y *validez*, em nosso País. Marcelo Neves já defendia a adaptação das teorias alemãs à realidade nacional, quando reconhecia o sistema alopoiético em detrimento da autopoiese luhmanianna (NEVES, 2004, p. 145-173). Para Luhmann, nunca existiu alopoiese: um sistema era autopoietico ou não.

De olho nessa mesma realidade, Luís Roberto Barroso também reconhece que “a injustiça passeia impunemente pelas ruas; a violência social e institucional é o símbolo das grandes cidades; a desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes; a intolerância política, racial, tribal, religiosa povoa ambos os hemisférios”, concluindo que “o projeto da modernidade não se consumou” (BARROSO, 2003, p. 11). Num viés cético, ele ainda arremata:

A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neo-liberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral. (BARROSO, 2003, p. 11).

Mais uma vez, é preciso lembrar que as teorias buscam traçar situações ideais, porém não se pode estudar o direito dissociado da realidade, ou impor orientações teóricas que suplantam o real e apenas criam uma atmosfera imaginária. “O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)” (BARROSO, 2003, p. 14). Visto assim, o direito seria um agir comunicativo, sempre

buscando a integração como fundamento de justiça. De fato, essa deveria ser a realidade. Seria bem mais gratificante para os cidadãos o cumprimento de normas comunicativas, como também seria bem mais agradável ao jurista o estudo dessas ações voltadas ao entendimento. E, embora pareça um tanto pessimista, na verdade essa breve análise é otimista. Basta lembrar a lição de Habermas: uma ação não pode ser comunicativa e estratégica, simultaneamente, mas nada impede que uma seja convertida na outra.

Por fim, não obstante a mudança de pensamento de Habermas já referida, ainda é possível pensar a realidade brasileira conforme as noções de comunicação e estratégia, idealizadas por ele. Nesse sentido, não se pode dizer que a Súmula 301 do STJ esteja voltada para um agir comunicativo, nos termos da lição habermasiana, como foi visto acima, o que implica na conclusão de que ela é uma ação manifestamente estratégica, por impor uma conduta que não está construída sobre os pilares dos argumentos racionais, próprios das teorias do discurso.

A teoria da ação comunicativa de Habermas, em seu primeiro momento, está lastreada nos conceitos de direito como instituição e como meio e na diferenciação das ações de fala em comunicativas e estratégicas. Através do uso da linguagem, Habermas propõe o fundamento do direito no princípio do discurso. E o direito, como ciência que se manifesta essencialmente pela linguagem, tem seus argumentos e justificativas para se chegar a uma racionalidade legitimadora das decisões.

Em que pesem as alterações posteriores do pensamento de Habermas, a proposta de sua teoria, em distinguir ações estratégicas e ações comunicativas, parece bem apropriada

para o estudo do direito brasileiro, o que não deixa de guardar uma certa proximidade com a teoria luhmanianna dos sistemas sociais, onde este procurou separar os sistemas (políticos, jurídicos, econômicos, morais), de modo que um não contaminasse o outro, procurando evitar a interferência parasitária da política ou da economia nas decisões jurídicas (LUHMANN, 2002, p. 208; p. 473-505).

O próprio Habermas percebe a fragilidade desse agir comunicativo, em ambientes de desigualdade (divergências, diferenças individuais e contextos limitados): quando essas divergências excedem uma amplitude tolerada, se chega a perturbações na comunicação – em casos extremos, à falência da comunicação (HABERMAS, 2002a, p. 55-56). Em relação à norma, ele é enfático: “diferentemente da validade de verdade das afirmações descritivas, o domínio de validade de uma exigência de correção varia com o pano de fundo legitimador, assim como, em geral, com os limites de um mundo social” (HABERMAS, 2002a, p. 63). É exatamente aí onde reside o problema brasileiro, nesse pano de fundo, em que deveria existir uma moral explícita que garantisse a legitimidade do direito, tudo é discutível. Para Habermas, não deve existir morais discutíveis: “normas do direito que, como por exemplo, os direitos do homem, são por si só justificados moralmente, exigem validade absoluta como asserções, isto é, reconhecimento universal” (HABERMAS, 2002a, p. 63).

A visão do direito, representada pela Súmula 301 em comento, aqui tomada como ação estratégica, demonstra que ainda muito precisa ser mudado em nosso sistema jurídico, a fim de que as suas ações sejam efetivamente comunicativas e a realização do direito seja de fato alcançar a integração social plena, desejo que permeia as intenções legislativas nacionais, mas não consegue se concretizar na realidade. A sociedade exige soluções e os operadores do

direito precisam responder a esses anseios, sem perder de vista a maior lição do direito: ele é “uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social” (BARROSO, 2003, p. 12). Como invenção humana, deve voltar-se permanentemente ao bem estar do homem.

4.3 A IMPROPRIEDADE DA SÚMULA 301 NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, em que pesem as mudanças legislativas e doutrinárias acerca da paternidade no sistema jurídico brasileiro, ao estabelecer uma nova presunção de paternidade – a chamada confissão ficta ou da paternidade não provada (LOBO, 2006, p. 3) – vem induzindo os operadores do Direito em graves equívocos, a saber: a) induz o réu a produzir prova contra si mesmo, a despeito do princípio processual de que ninguém está obrigado a provar fato contra si próprio; b) confunde os conceitos de pai e genitor, ao considerar a investigação de paternidade como meio hábil ao conhecimento da origem genética; c) possibilita a contradição em face de estado de filiação já constituído; d) ainda, estabelece como verdade real da filiação o dado meramente biológico (LOBO, 2006, p. 3).

Enfim, a Súmula 301, embora tendo sido elaborada para atender a um determinado momento em que vivia a sociedade brasileira, situado entre as três últimas décadas do século XX, diante do *boom* causado pela massificação dos testes de DNA, sobretudo na última década, não poderia continuar vigente dentro de um sistema jurídico que, composto por

princípios e normas, tem na Constituição Federal e no Código Civil, em matéria de família, seus maiores reguladores, tendo ambos como paradigmas a “paternidade socioafetiva, hipercomplexa e inclusiva, que pode ter origem biológica ou não biológica” (LOBO, 2006, p. 3). Claro que se deve reconhecer que a verdade biológica teve um papel na história: o de romper a desigualdade entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, todavia isso não pode mais ser sustentado hoje, diante das novas configurações familiares.

Assim, a despeito da estranheza que possa causar ao estudioso do Direito esse instrumento normativo de que se valeu o Tribunal Superior de Justiça brasileiro, que pode ser considerado como verdadeiro retrocesso aos avanços já alcançados em direito de família, com a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, com a introdução dos conceitos de afetividade e solidariedade e de ampla proteção às crianças e adolescentes, como sujeitos de direito, o afastamento da discriminação em relação aos diferentes, a Súmula 301 segue sendo aplicada pela jurisprudência ainda dominante, como se infere das decisões a seguir transcritas, que vêm comprovar a tese esposada pela Corte Superior de Justiça:

Apelação cível. Direito de família. Investigação de paternidade. Comportamento processual da parte como meio de prova. Exame de DNA não realizado. Artigos 231 e 232 do Código Civil. Súmula 301 do STJ. Conclusão n. 24 do Centro de Estudos do TJRS, reconhecimento de paternidade.

Hodiernamente, admite-se em sede doutrinária e jurisprudencial que o comportamento processual da parte sirva como meio de prova. Não fosse assim, não haveria lugar, no ordenamento jurídico pátrio, para comandos como os dos artigos 231 e 232 do Código Civil em vigor, bem assim como para ditames como os constantes da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça. Preliminares rejeitadas e recurso desprovido. (segredo de justiça) (Apelação Cível nº 70009666470, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 31.08.2005).

Apelação cível. Ação investigatória de paternidade. Recusa ao exame de DNA. Litigância de má-fé.

A negativa do investigado de se submeter à realização da perícia genética, melhor forma de demonstrar a alegada inexistência de relacionamento com a mãe do investigante à época da concepção, gera a incidência dos artigos 231 e 232 do Código Civil, sobretudo quando a atitude persistente não encontra respaldo nas provas dos autos. Aplicação da Súmula 301 do STJ. Constitui litigância de má-fé negar-se à realização do exame pericial e depois apelar com base em insuficiência de prova. Incidência da 20ª Conclusão do Centro de Estudos do TJRS. Fixação de multa. Negaram provimento à apelação. Unânime. (Apelação Cível nº 70010856342, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, julgado em 15.06.2005)⁵⁵.

Família. Investigação de paternidade. Fixação de alimentos provisórios. Exame de DNA. Realização frustrada face ao não-comparecimento das investigadas. Verba alimentar corretamente fixada diante da manifesta conduta protelatória da sucessora e genitora do suposto pai em se submeter à perícia hematológica. Resistência que conduz à presunção de paternidade, segundo iterativo entendimento doutrinário e jurisprudencial. Inteligência dos arts. 231 e 232 do CCB, bem como da conclusão nº 24 do Centro de Estudos deste Tribunal e da Súmula nº 301 do STJ. (Agravo de Instrumento nº 70013282975, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 22.12.2005)⁵⁶.

Investigação de paternidade. Registro de nascimento. Anulação. Cumulação. Possibilidade. Pedido. Procedência. Relações sexuais. Concepção. Coincidência. “Plurium concubentium”. Ausência de prova. Exame de DNA. Recusa. É desnecessária a prévia anulação de registro de nascimento para o requerimento de investigação de paternidade. No caso de procedência deste, o cancelamento do assento é consectário lógico e jurídico do reconhecimento do vínculo biológico entre investigante e investigado. A falta de elemento contrário à coincidência das relações sexuais com a concepção do investigante e, ao tempo desta, de demonstração da “plurium concubentium”, aliada à recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, autorizam a procedência do pedido de investigação de paternidade. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso (Apelação Cível nº 1.0024.03.927886-6/001, Quarta Câmara Cível, TJMG, Relator Desembargador Almeida Melo, julgado em 07.04.2005).

Demais de tudo isto, é possível reconhecer ainda, como já apontou Paulo Lobo, a contradição entre o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 301, e o Supremo Tribunal Federal, que já havia decidido anteriormente pela impossibilidade de se constranger alguém a se submeter ao exame de DNA, sob pena de tal ato violar garantias constitucionais, como a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo

⁵⁵ No mesmo sentido: Apelação Cível nº 70010776730, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, julgado em 15.06.2005.

⁵⁶ No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 7001092004, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 27.04.2005.

humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer (Habeas Corpus nº 71.373/RS), causando insegurança e fragilizando as instituições judiciárias, afinal de contas a violação indireta de normas e princípios tem como resultado prático o mesmo efeito de uma violação direta, uma vez que não deixa de romper com as garantias constitucionais já asseguradas (LOBO, 2006, p. 3).

Dentre todos os equívocos da Súmula 301 já apontados, sem dúvida alguma o mais perigoso para as relações de família é aquele que leva à falsa idéia da primazia da tese do determinismo biológico, principalmente em razão da corrida aos testes de DNA, quando a realidade fática aponta para o lado oposto, diante da constatação de que a mera descendência biológica não induz, por si só, à plenitude da paternidade.

É certo que, muito popular em diversos países como os Estados Unidos, a França, a Alemanha e a Itália e inúmeros outros, inclusive o Brasil, o teste de DNA revolucionou a sociedade moderna, quando se propôs a verificar, com grau de acerto acima dos 99,99% de probabilidades da existência de vinculação genética entre pessoas. Ao lado, porém, da euforia inicial despertada pelas técnicas científicas de conhecimento genético, questões éticas e morais, com reflexos notadamente jurídicos, também passaram a ser fonte de preocupação nesses mesmos países, sobretudo quanto às conseqüências resultantes dos testes de DNA. E isso cada vez mais estimulado pelo comércio que se formou em torno da questão, levando diversos laboratórios a oferecerem seus serviços pela Internet, através do envio de kits para a realização do exame em casa, o que, sem dúvida resulta numa massificação de testes e numa conseqüente incredulidade nos resultados. Na Itália, por exemplo, falava-se em 2001 num aumento de 15% (quinze por cento) ao ano pela procura de testes como estes, vindo a gerar o

questionamento quanto à certeza do resultado como solução do problema, ou seja, “o teste de paternidade, portanto, está em condições de resolver a dúvida. Mas o problema é realmente, só quanto à dúvida? Não existem outras questões incertas que um teste de paternidade deixam abertas?” (DE MATTEIS, 2005, p. 1)⁵⁷.

Um outro aspecto dessa corrida ao DNA diz respeito à situação em que ficam aquelas pessoas que não podem pagar pelo exame, ou seja, nos casos em que a demanda tramita sob o pálio da justiça gratuita. Já houve decisão judicial no sentido de não reconhecer obrigação do Estado no custeio da produção de prova⁵⁸, pois a Lei nº 1.060/50, que regulamenta a concessão de assistência judiciária e extensão da gratuidade processual para as pessoas que se declaram pobres na forma da lei, sob pena de sanções, a exemplo do pagamento do décuplo do valor das custas cuja isenção foi inicialmente deferida, na realidade, expressamente prevê a gratuidade apenas das custas iniciais, honorários advocatícios e emolumentos. Em se tratando de processos patrocinados pelas Defensorias Públicas, a gratuidade seria total, incluindo aí todas as perícias que forem necessárias ao esclarecimento dos fatos. No entanto, o Estado, no mais das vezes, não dispõe de condições financeiras para a manutenção de programas permanentes para a realização de perícias forenses, inflacionando as demandas no Poder

⁵⁷ Tradução livre do original: “*Il test de paternità, dunque, è in grado di risolvere i dubbi. Ma il problema è davvero, solo quello del dubbio? Non sono forse altre le questioni che un test di paternità lascia aperte?*” (DE MATTEIS, 2005, p. 1).

⁵⁸ “I - O Estado, não sendo parte na demanda, não está obrigado a adiantar despesas para realização de exame DNA, mesmo em se tratando de parte que litiga sob o pálio da gratuidade. Cabe ao julgador, antes de impor o pagamento da perícia, buscar, em outras provas, às vezes suficientes, a solução da causa. II – A regra que impõe o pagamento das despesas de perícia por parte da Fazenda somente se aplica nos casos em que, como parte, requer a realização da prova. Nas espécies em que, não sendo parte no feito, é intimado para custear a prova pericial, tem o ente público a prerrogativa de pagar as despesas a final. III – Não se discute a necessidade de o Estado amparar os jurisdicionados que não podem pagar para ter seu direito reconhecido, sobretudo em face de mandamento constitucional que garante o acesso à Justiça e o auxílio aos mais necessitados. Todavia, para tanto seria imprescindível que houvesse previsão orçamentária, não sendo lícito determinar-lhe a retirada de grande soma de dinheiro público que, provavelmente, teria destino certo, considerando todas as ações” (Medida Cautelar 1195, de Mato Grosso do Sul, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in: PEREIRA E SILVA, 2002, p. 254).

Judiciário. Em se tratando dos testes de DNA, especialmente, isso vem apenas a corroborar com a perspectiva crítica da hierarquização implícita desse meio de prova.

A esta altura, já está claro que não é apenas um vínculo biológico que estreitam pai e filho numa relação de família (isso nunca é demais repetir), mas sim, o convívio diário, o conhecimento e respeito mútuo que surgem desse cotidiano, o que permite desenvolverem-se os laços do afeto. A “resposta a um exame de laboratório se revela por aquilo que é”, não faz surgir dali nenhuma relação afetiva e tem ainda o outro triste lado da história, pois, “para uma criança corresponde a uma condenação sem apelo, a uma perda afetiva imediata e lacerante”, diante disto, “permanece a pergunta qual seja o valor de uma relação que necessite de um teste de paternidade para nutrir-se de verdade” (DE MATTEIS, 2005, p. 3)⁵⁹.

A crítica construída pela corrente dos juscivilistas que defendem a socioafetividade nas relações de família como um princípio, e não como mero fato psicológico ou filosófico intrínseco aos seres humanos, é direcionada a este biologismo equivocado que o teste de DNA vem provocando, sobretudo após a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, apoiada no Código Civil de 2002, quando se refere em seus artigos 231 e 232, acerca da presunção que se estabelece em decorrência da insubmissão à perícia médica nos processos em que esta for solicitada. Todavia, algumas cautelas devem ser tomadas em relação aos dispositivos legais referidos, quando de sua aplicação à matéria, objeto deste trabalho. O art. 231 do Código Civil, por exemplo, dispõe que àquele que se recusou à realização da perícia médica necessária, não poderá aproveitar-se dessa mesma recusa. Isso significa dizer, em relação ao

⁵⁹ Tradução livre do original: “*Così la risposta ad un esame di laboratorio si rivela per quello che è. Per un bambino corrisponde ad una condanna senza appello, ad una perdita affettiva immediata e lacerante. Resta da chiedersi quale sia il valore di un rapporto che ha bisogno di un testa di paternità per nutrirsi di verità*” (DE MATTEIS, 2005, p. 3).

exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, que qualquer das partes no processo que se recusarem ao teste, não poderão mais adiante utilizar o argumento de falta da prova em benefício próprio, porém isso, por si só, não induziria o juiz a determinar a paternidade, pois o exame de DNA não é a única prova de que dispõe o magistrado para formar o seu convencimento, nestes tipos de ação – ou, pelo menos, não deveria ser. Diferentemente das hipóteses referentes às ações de conhecimento de origem genética, cuja perícia médica é essencial para estabelecer a vinculação genética pesquisada. Portanto, em relação, ao artigo 231 do Código Civil, é preciso atentar para a expressão “necessidade” da perícia médica, inserida pelo legislador, a afastar a tese de que nem toda perícia médica é necessária – e nos casos de investigação de paternidade, o teste de DNA é apenas um meio de prova, dentre as demais. Não se pode olvidar, quanto a este aspecto, de que o juiz não pode estar adstrito a uma prova apenas, pois nos casos em que não seja possível a realização do teste de DNA⁶⁰, ainda assim o juiz deverá decidir a demanda.

O art. 232, do mesmo Código Civil, por sua vez, dispõe que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz “poderá” suprir a prova que se estabeleceria pelo exame. Como no artigo antecedente, o legislador civil foi cuidadoso ao permitir a presunção por ausência da perícia médica, submetendo a eficácia da norma a uma mera “possibilidade”. Assim, a expressão clara do termo afasta a determinação da presunção com base exclusivamente na recusa à submissão da perícia médica, permitindo ao juiz a aplicação da presunção, o que não significa que o juiz deva necessariamente aplicar tal presunção.

⁶⁰ Em 2003, o Brasil tinha uma população de 21,9 milhões de pessoas com renda familiar abaixo de um salário mínimo e que um terço da população brasileira era considerada pobre (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005, p. 1). Isto significa que para essas pessoas, sem o recurso público, não há condições para o custeio de um teste de DNA, orçado em média pouco abaixo de R\$ 800,00 (FONSECA, 2004, p. 14).

Diante disto, se tomados os dois artigos do Código Civil de 2002 em conjunto, o que se tem é uma interpretação não autorizadora da presunção de paternidade por recusa da parte ao exame de DNA, por duas razões: a primeira, é que a perícia médica deve ser necessária ao esclarecimento dos fatos, o que, diante da tese da socioafetividade que deve imperar nas ações de estado para atribuição de paternidade, não pode o teste de DNA ser tomado como necessário, mas tão-somente como um outro meio de prova, que só autoriza a determinação de paternidade em harmonia com o conjunto probatório constante dos autos; a segunda, é que a recusa ao exame de DNA, em tais situações, apenas podem levar o juiz a uma presunção quanto aos fatos que não puderam ser provados pela perícia frustrada, o que de modo algum é referido pelo legislador como corolário necessário da recusa. Nesse sentido, deve-se ter por afastada a idéia de que o Código Civil de 2002 é autorizador da presunção de paternidade em razão da recusa à submissão da parte na realização do teste de DNA.

Sem o amparo legal acima referido, parece mesmo que o único instrumento normativo a defender o determinismo biológico é a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, voltada à orientação expressa da aplicação presuntiva relativa à determinação de paternidade, nas hipóteses de recusa injustificada à realização do exame de DNA. Ainda assim, os juízes continuam a aplicá-la.

4.4 A RESPONSABILIDADE DO JULGADOR

Contudo, não se pode responsabilizar apenas o Superior Tribunal de Justiça pela edição da Súmula 301, deve-se também incluir os operadores do Direito e, mais especialmente, os juízes, que vêm aplicando reiteradamente o dispositivo sumulado da presunção de paternidade em todos os processos de investigação de paternidade, sem o menor cuidado na verificação da verdade real da filiação.

Oreste Laspro definiu a responsabilidade do juiz em três esferas: social, política e jurídica, sendo a primeira mais de cunho filosófico, a segunda referente às penalidades de cunho político, nas hipóteses de sistemas jurídicos que adotam outras formas de ocupação de cargos da magistratura que não o concurso público, ou além deste, e a última englobando as imputações penais, civis e disciplinares (LASPRO, 2000, p. 135-176). Assim, em que pesem as demais responsabilidades apontadas pelo autor, foi a responsabilidade civil o objeto de sua tese, reconhecendo a possibilidade do juiz responder pecuniariamente nas situações em que, no exercício de sua atividade, causar dano a qualquer das partes processuais, sejam de ordem moral ou material, embora em via de regresso, dada a responsabilidade civil objetiva do Estado no sistema brasileiro em vigor.

Com relação a esse aspecto, Oreste Laspro reconhece a possibilidade do juiz ser responsabilizado quando não acate decisão majoritária dos tribunais superiores, notadamente decisões sumuladas (LASPRO, 2000, p. 273) e desde que dessa “insubordinação” advenha um dano para alguma das partes. No entanto, não deixa de ser curiosa a situação inversa que tem sido apontada reiteradamente nesta pesquisa, qual seja, a de que o cumprimento da súmula pelo juiz é que pode ensejar um dano. Nesse sentido, não parece que seja o descumprimento irresponsável do juiz o motivo para sua responsabilização, mas a existência de um dano

material ou moral pela não aplicação da súmula ao caso concreto, mesmo a despeito dessa aplicação implicar num poder-dever do juiz, pois não se pode olvidar, em verdade, que o juiz deve estar muito mais adstrito ao princípio da persuasão racional (livre convencimento), quando não se trate de súmula vinculante.

A responsabilização social é vista com parcimônia pelo autor acima referido, em razão da criação de verdadeiras “amarras” a serem imputadas ao juiz, na medida em que este passa a decidir em favor da sociedade, com receio de não agradá-la (LASPRO, 2000, p. 146). De fato, numa sociedade que adota em seu sistema jurídico a eleição de advogados para ocuparem cargos de magistrados, o receio é justíssimo, pois restará também implicada a responsabilidade política, sujeitando o julgador aos seus condutores, o que de toda forma não se presta à imparcialidade que se espera do juiz. No entanto, num sistema como o do Brasil, em que é realizada seleção pública mediante concurso de provas e títulos, para os quadros da magistratura, salvo as hipóteses do quinto constitucional (aí a questão é de responsabilidade política, de fato), não se pode desconsiderar essa via de responsabilização, pois o juiz, perante a sociedade, é o representante legal da justiça.

Assim, embora de forma mínima, a responsabilidade social não deixa de ser exercida, na medida em que os atos jurisdicionais são públicos e por isso mesmo sujeitos ao conhecimento de todos, como também ocorre com a atuação da imprensa, que vem auxiliando a população no acesso a essas informações, notadamente em questões de interesse público ou decisões polêmicas.

Com relação à atribuição de paternidade, particularmente, o juiz é figura decisiva nessa procura que é empreendida pelo filho e não o laudo laboratorial que exclui ou inclui a vinculação biológica. Nesse sentido, é possível ampliar, junto à responsabilidade social do juiz, também a sujeição a uma ética do cuidado, na medida em que ele, chamado a intervir numa ação de estado, o faz de forma imperativa nas relações mais íntimas de uma família, ao determinar ou afastar a paternidade de alguém. Algumas considerações quanto a esta ética do juiz não podem ser esquecidas e por isso mesmo são trazidas em seguida.

4.4.1 A ética do cuidado como contribuição à justiça

A idéia da ética do cuidado vem sendo resgatada paulatinamente a partir das noções básicas do cuidado que o ser humano deve ter consigo mesmo, com o outro e com o mundo, hoje muito mais largamente inserido nas relações médicas e ambientais (ZOBOLI, 2004, p. 22).

Apesar da referência à sistematização dos estudos a partir da penúltima década do século XX, a noção de cuidado não é uma novidade, muito pelo contrário, ela remonta a fontes mitológicas e filosóficas, já referidas na Roma Antiga com a fábula-mito de Cuidado⁶¹.

⁶¹ Certo dia, ao atravessar um rio, Cuidado viu um pedaço de barro. Logo teve uma idéia inspirada. Tomou um pouco do barro começou a dar-lhe forma. Enquanto contemplava o que havia feito, apareceu Júpiter. Cuidado pediu-lhe que soprasse espírito nele. O que Júpiter fez de bom grado. Quando, porém, Cuidado quis dar um nome à criatura que havia moldado, Júpiter o proibiu. Exigiu que fosse imposto o seu nome. Enquanto Júpiter e o Cuidado discutiam, surgiu, de repente, a Terra. Quis também ela conferir o seu nome à criatura, pois fora feita de barro, material do corpo da Terra. Originou-se então uma discussão generalizada. De comum acordo pediram a Saturno que funcionasse como árbitro. Este tomou a seguinte decisão que pareceu justa: Você, Júpiter, deu-lhe o espírito, receberá, pois, de volta este espírito por ocasião da morte da criatura. Você, Terra, deu-lhe o corpo; receberá, portanto, também de volta o seu corpo quando essa criatura morrer. Mas como você, Cuidado, foi

Ensinada através dessa fábula-mito, a noção de cuidado foi inserida na literatura, na filosofia, na psicologia e na ética, através dos séculos. Kierkegaard foi o primeiro filósofo a fazer uso da noção de cuidado ou preocupação, no intuito de contrapor o que ele considerava como excessiva a objetividade da filosofia e da teologia do século XIX e para expressar a natureza do ser humano e suas escolhas morais (ZOBOLI, 2004, p. 23). Para Martin Heidegger o cuidado ocupa o eixo central de sua filosofia e por isso ele é considerado por muitos como o filósofo do cuidado por excelência. Baseado no pensamento de Kierkegaard acerca da preocupação e do cuidado, ele toma essa expressão no sentido duplo de angústia e solicitude, que representam duas possibilidades fundamentais e conflitantes: o “cuidado angústia” retratando a luta de cada um pela sobrevivência e por obter uma posição favorável entre os demais seres humanos; e o “cuidado solicitude” significando o ato de voltar-se para, de acalentar, de interessar-se pela Terra e pela humanidade (ZOBOLI, 2004, p. 23-24).

A partir da filosofia heideggeriana, que serviu de fonte para a ética moderna, a psicologia, sobretudo pelo movimento humanístico, despertou para o sentido do cuidado com o homem, com o outro e com o mundo em que ambos estão inseridos, de modo a se tornar instrumento de correção e de prevenção, pois na medida em que cuida, evitam-se situações futuras que necessitarão de medidas remediadoras (ZOBOLI, 2004, p. 24). Assim, em síntese apertada, cuidar é um processo e não uma série de serviços orientados a um objetivo, o cuidado se serve da devoção, da confiança, da paciência, da humildade e favorece a honestidade, o conhecimento do outro, a esperança e a coragem. Justamente por isso os valores morais são vistos como inerentes ao processo de cuidar. Os deveres e as obrigações relacionadas ao cuidado surgem em decorrência dos recursos internos próprios do caráter e

quem, por primeiro, moldou a criatura, ficará sob seus cuidados enquanto viver. E uma vez que entre vocês há acalorada discussão acerca do nome, decido eu: esta criatura será chamada *Homem*, isto é, feita de *Húmus*, que significa terra fértil (grifo do autor) (apud ZOBOLI, 2004, p. 22).

dos compromissos derivados das relações⁶² e não propriamente pelas regras externas (ZOBOLI, 2004, p. 24).

A redescoberta da ética do cuidado não se encontra afastada da noção de justiça e sua aplicação ao direito é de perfeita harmonia, basta preencher o conteúdo dos princípios orientadores da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da própria Constituição Federal brasileira de 1988 e também dos desdobramentos necessários ao que se entenda por afetividade, pois quando se está diante das ações morais que decorrem da garantia, da proteção, da salvaguarda dos direitos fundamentais do ser humano, estar-se-á diante do cuidado em relação ao outro, da solidariedade. Nesse sentido, a noção de dignidade humana inaugurada pela sistematização dos direitos humanos encerra estreitamente essa idéia de cuidado e com ela a ética que garante a sua concretização (JOAQUIM, 1999, p. 3-29).

De fato, a ética do cuidado não muda a prioridade da justiça, ao contrário, vem colaborar com a promoção desta, ao mesmo tempo em que amplia a esfera em que esta se insere, enriquecendo-a com outros valores, como a responsabilidade, a solidariedade, a sensibilidade social, reforçando e ampliando o conteúdo da afetividade (ESTÊVÃO, 2004, p. 27). Adotando o pensamento de Paulo Freire, na “vontade amorosa de mudar o mundo”, Carlos Estêvão reconhece que a ética do cuidado vem contribuir para uma nova perspectiva crítica da racionalidade e da afetividade, que permitam a reintrodução de critérios “de personalidade e de relações humanas mais conformes com os mundos de vida” (ESTÊVÃO,

⁶² Outros paradigmas éticos também contribuem para o desenvolvimento de uma noção da ética do cuidado, como a ética da simpatia, desenvolvida por filósofos do fim do século XVII e começo do XVIII, como Joseph Butler, David Hume, Adam Smith, Artur Schopenhauer e Max Scheler, para citar alguns. Não apenas a simpatia, a empatia e a compaixão podem ser referidas como elementos do cuidado, mas também a atenção, a consideração e o respeito têm sido tomados como sinônimos de cuidado e permanecem como parte de seus elementos até os dias atuais (ZOBOLI, 2004, p. 24-25).

2004, p. 27), pensamento que vem também se alinhar à idéia da repersonalização de Paulo Lobo (LOBO, 1989, p. 71-78).

Sem dúvida alguma, a adoção de condutas que pugnem pelo cuidado, pelo zelo com o outro, só vem corroborar para uma busca mais humana, mais sensibilizada, da decisão mais adequada a determinados casos, uma vez que a aceitação pelos tribunais de teses que procurem minimizar o paradoxo entre o direito vigente e a realidade existente reflete na sociedade, que, por sua vez, pressiona o legislador (DIAS, 2002, p. 12). Vê-se, portanto, o quão inasfatável é essa responsabilidade que recai sobre o julgador na atribuição de paternidade.

Embora não possa o juiz se furtar de tal responsabilidade, é inegável, por outro lado, o fato de que as teses adotadas pela magistratura sigam o curso natural do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, a adoção da tese biologista reflete, sem sombra de dúvida, a idéia de segurança preconizada pelo positivismo jurídico, ainda não afastado daquela clássica visão de moldura construída por Hans Kelsen (KELSEN, 1984, p. 465-466), hoje cada vez mais rechaçada pelas teorias do discurso pós-positivistas, que defendem a argumentação num sistema mais aberto e de normas flexíveis, passíveis de preenchimento nos casos concretos, no intuito de se atingir uma realização eficaz do direito⁶³.

Como referido alhures, o dado biológico que se refere à origem genética nada mais é do que uma explicação científica para a existência humana, pois todos os seres advêm de uma mãe e de um pai biológicos, todavia, a relação paterno/materno-filial se consolida no tempo,

⁶³ Cf. BARROSO, 2001, p. 1-48; MAGALHÃES in: BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2002, 128-149; GADAMER, 1997, passim; TEIXEIRA, 2002, p. 1-3.

no cotidiano, na vivência, é construída mesmo onde não haja vínculos genéticos. Assim, se, por um lado, a paternidade plena deve primar pela associação entre os dados biológico e afetivo, por outro, é possível estabelecer paternidade em sentido estrito nas hipóteses que prescindem da carga genética, pois a paternidade ideal é muito mais afetiva do que biológica. Nesse sentido, o problema reside justamente na escolha entre as duas teses. Partindo do pressuposto de que o filho merece proteção especial, o capítulo seguinte propõe a solução de alguns conflitos conforme a tese mais adequada a cada situação.

CAPÍTULO 5

O EMBATE ENTRE AS DUAS TESES: BIOLOGISMO OU AFETIVIDADE?

Seguindo a linha de pensamento que vem sendo desenhada ao longo deste trabalho, pode-se chegar então ao ponto central do que se propôs com esta pesquisa: alertar aos operadores do Direito para os efeitos prejudiciais dos exames de DNA como único meio de estabelecer vínculos familiares, buscando o afastamento do biologismo isolado nas relações de família e procurando inserir a afetividade como dever jurídico nas relações de parentesco.

Nessa travessia do novo milênio, em que se busca a nova configuração familiar (FACHIN, 2001, p. 9-13), a palavra de ordem é flexibilização. Flexibilizar a norma, permitir e ampliar a interpretação, preencher nos casos concretos o conteúdo de normas abertas e princípios norteadores. Não se pode tratar com rigorismos, com regras fechadas ou generalizações o que, por natureza, não se pode tipificar, sobretudo quando ainda não se está assentado em certezas sequer relativas. A família contemporânea e tudo o que está diretamente ligado a ela encontra-se no meio de um processo de mudanças; justamente por isso pode-se perceber o grau de incertezas, de experimentos, de desejos de estabilização. Contudo, não se pode dizer ainda até quando esse estágio de coisas poderá durar, pois as mudanças muitas vezes implicam readaptações culturais, o que leva certo tempo para ser absorvido pela sociedade e pelo Estado como um todo.

No caso da afetividade, por exemplo, a sociedade vem absorvendo cada vez mais a suplantação da consangüinidade pelo afeto nas relações familiares, em virtude de situações

que decorrem do cotidiano das pessoas e que as afetam diretamente, porém o Estado, sobretudo quanto aos Poderes Legislativo e Judiciário, ainda não conseguiu acompanhar os passos dessas mudanças, o que fica evidente diante da ambigüidade do Código Civil de 2002 e da impropriedade da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

5.1 A AFETIVIDADE COMO ARGUMENTO JURÍDICO

É possível invocar a afetividade no direito de filiação em duas perspectivas: como fundamento para o estabelecimento de vínculos paterno-filiais e como forma de impedir o rompimento destes mesmos vínculos, impossibilitando a sua desconstituição. Nas duas situações, o que se tem é a confirmação formal de uma realidade fática, através do reconhecimento formal de uma situação já existente, mas ainda não juridicizada, seja para a manutenção de uma situação já existente e juridicizada.

Embora o Código Civil de 2002 possa parecer ambíguo, já que não abandona o uso das presunções e ainda as alia à vinculação biológica, como nas hipóteses de presunção de paternidade por inseminação artificial homóloga, não deixa de ser referido como inclusivo da paternidade ampla e do princípio da afetividade (LOBO, 2006, p. 3), decorrentes dos arts. 1.593, que se refere ao parentesco natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem; 1.596, que transcreve a regra da igualdade entre os filhos, presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º; 1.605, que consagra a posse do estado de filiação, através de presunções veementes resultantes de fatos certos, aqui exemplificadas pelo

autor como os filhos de criação e a adoção à brasileira (aquela que não observou os trâmites legais); e 1.614, que possibilita o filho reconhecido rejeitar esse reconhecimento, seja o pai biológico ou socioafetivo, desde que não tenha havido ainda o registro público.

Diante disso, não se pode mais falar em paternidade exclusivamente biológica como presunção de paternidade legítima, devendo-se observar que os critérios para o reconhecimento de paternidade plena devem levar em conta primordialmente a afetividade.

Decisões judiciais isoladas nesse sentido já podem ser vistas no País, como a proferida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Ataíde Siqueira Trindade, que decidiu pelo reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetivas, em decorrência de situação fática (filho de criação), mesmo possuindo o filho pais biológicos referidos em registro civil. Ao argumento de que o pedido, nesta hipótese, não é juridicamente impossível, por se tratar de regularização de verdadeira filiação, por estar estabelecida no terreno da afetividade, tendência que o julgador esclarece decorrer do direito internacional, houve o afastamento da tese biologistica e a primazia da socioafetividade (Apelação Cível Nº 70010408508, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 30/12/2004). No mesmo sentido, decidiu a Desembargadora Maria Berenice Dias, ao determinar o prosseguimento de ação negatória de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, para permitir a investigação da existência de socioafetividade, já que o pai, autor do feito, falecera no curso deste, e o recurso visava à regularização de legitimidade de parte. Neste caso, o pai ingressara com a desconstituição do vínculo de parentesco, após descobrir que o seu filho não fora fruto de uma inseminação artificial heteróloga consentida por ele próprio, mas sim de uma relação extraconjugal de sua esposa, motivo que fora alegado para

fundamentar a negatória (Apelação Cível Nº 70011878899, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 14/09/2005). Ainda, em direção semelhante, o Desembargador Antônio Eduardo Duarte, equiparou a posse de estado de filho à adoção, sob o argumento de que o reconhecimento voluntário e consciente, mesmo diante das dúvidas acerca da paternidade, torna o arrependimento inviável, a despeito da comprovada exclusão de paternidade biológica por exame de DNA (Apelação Cível nº 2005.001.40278, TJRJ, Terceira Câmara Cível, julgado em 04.04.2006).

Percebe-se, no segundo caso, que o pai registrara a criança como sua filha e como tal a criara, vindo, após alguns anos, vir a descobrir que a mesma não era resultado de inseminação artificial heteróloga por ele autorizada, mas de concepção natural, entre sua esposa e terceiro. Tomando conhecimento da verdade, o pai ingressara com Ação Negatória de Paternidade, vindo a falecer no curso da mesma, pelo que fora substituído pelos seus irmãos. Claro está que se trata de uma paternidade socioafetiva, até mesmo porque na mente do pai se tratava de uma filiação decorrente de inseminação artificial heteróloga, embora por ele autorizada. Assim, não se pôde desconstituir o vínculo de filiação estabelecido, com base apenas na questão da infidelidade da esposa, pois a relação paterno-filial já constituída teria o condão de afastar qualquer argumento contrário ao princípio da afetividade, justamente o ponto que foi utilizado como fundamento para o prosseguimento do feito. No último julgado acima transcrito, apesar da ausência da expressão socioafetividade, é clara a opção por esta tese, quando o julgador reconhece que, apesar da desvinculação biológica efetivamente comprovada pelo teste de DNA, a paternidade já estabelecida não poderia ser desconstituída por esse motivo.

Esse é também o pensamento de Paulo Lobo:

Toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la (LOBO, 2006, p. 3).

É de se observar, porém, que no primeiro caso retro-mencionado, a decisão judicial foi mais além, possibilitando a discussão jurídica de paternidade socioafetiva, inclusive nos casos de pais biológicos referidos no registro de nascimento, o que só vem demonstrar como a doutrina, a jurisprudência e – com muito menos razão, a legislação –, ainda não encontraram um discurso único na matéria, sobretudo diante de alguns julgados recentes que ainda privilegiam a verdade biológica, como a proferida pelo Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, que declarou a verdade biológica sobre a verdade socioafetiva, ao argumento de que o reconhecimento de uma filiação, que não corresponde à verdade biológica, poderá ser impugnado por falsidade material ou ideológica, sobretudo nos dias de hoje, diante do progresso da ciência, em relação à verificação de descendência biológica pelo exame de DNA e, ainda, que a paternidade socioafetiva só encontra compasso quando a afetividade provém de ambos os litigantes, estando ligada e atrelada ao conceito de reciprocidade de sentimento e afeto (Apelação Cível Nº 70007685290, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 15/04/2004). No caso, o dado interessante é a antinomia entre afetividade e litigância, não se podendo estabelecer uma vinculação necessária entre a afetividade durante a fase processual e a história dos ora litigantes, devendo o magistrado estar atento a essas situações, pois de fato dificilmente se poderá encontrar afeto em pessoas que se encontram em

lados opostos pela relação processual que se impõe. Não obstante isso, já se decidiu que a verdade biológica deve se sobrepor à verdade socioafetiva, quando excluída a paternidade biológica pelo exame de DNA, ao argumento de que a paternidade biológica há de ser respeitada, não importando outras conotações (Acórdão nº 2.230, Ação Cautelar Inominada nº 01.001782-8, Câmara Cível, Relator originário Desembargador Ciro Facundo, Relator designado Desembargador Eliezer Scherrer, Julgado em 24.02.2003).

5.2 O EMBATE DAS TESES BIOLOGISTA E SOCIOAFETIVA A PARTIR DA SÚMULA 301 DO STJ

Um dado interessante que se pode perceber, a partir da jurisprudência, e que já fora observado por Paulo Lobo, é a constatação do estado de coisas, anteriormente à Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à primazia ou exclusividade da origem genética para determinar a paternidade, pois até a edição da Súmula 301, do Superior Tribunal de Justiça, despontava a socioafetividade como paradigma das relações paterno-filiais, em decorrência inicialmente da Constituição Federal de 1988 e depois do Código Civil de 2002. Mas, como dito, até a Súmula 301. A partir da presunção de paternidade sumulada, houve um retrocesso nesse estado de coisas, como se infere da decisão proferida pelo Desembargador Paulo Furtado, anteriormente à Súmula, que considerou prescindível a prova pericial do exame de DNA, diante da suficiência da prova testemunhal (Apelação Cível nº 29.669-6/01, Quarta Câmara Cível, TJBA, Relator Desembargador Paulo Furtado)⁶⁴, além de outros

⁶⁴ No mesmo sentido, os julgados: Apelação Cível nº 21.194-4/2004, TJBA, Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Furtado; Apelação Cível nº 4.432-4/2002, TJBA, Quarta Câmara Cível, Relator

julgados, que demonstram como vinha decidindo os juízes nessa matéria. Após a edição da súmula, passou-se a considerar o teste de DNA imprescindível, até mesmo para se afastar a ouvida de testemunha, por entender que a prova já estava completa e suficiente. Assim, a prova testemunhal deixou de ser suficiente para o convencimento do juiz, pois, diante do poder discricionário a ele conferido, assiste-lhe a faculdade de ouvir ou não as testemunhas e na quantidade que ele entender suficiente para o seu convencimento. Nesse sentido, “as testemunhas darão ao julgador o valor que merecem de acordo com as circunstâncias da causa, em seu livre convencimento” e, se não há indícios que coloquem em dúvida o resultado científico, nada há que se contraponha à certeza do resultado do exame pericial de pesquisa de impressões digitais de DNA (Apelação Cível nº 36.735-8/2004, TJBA, Primeira Câmara Cível, relator Desembargador Raimundo Antônio de Queiroz). Por fim, em perfilhação clara à Súmula 301, a presunção de paternidade por ausência injustificada ao exame de DNA vem sendo largamente utilizada, ao argumento de que a negativa na realização do exame, caracterizada pelo não comparecimento na data livre e antecipadamente fixada e pelas esquivas às intimações com o fito de remarcar-lo, apesar de intimado o advogado, que também não compareceu, traz consigo a presunção de veracidade da paternidade contestada, situação que é corroborada pelo depoimento pessoal da parte, a confessar o relacionamento íntimo mantido com a mãe do investigando (Apelação Cível nº 34.869-3/2002, TJBA, Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Furtado)⁶⁵.

Nos casos apresentados, percebe-se claramente a mudança de pensamento do julgador, a partir das novas diretrizes apontadas pela Súmula 301, no que se refere à recusa na

Desembargador Paulo Furtado; Apelação Cível nº 6.396-2/2003, TJBA, Segunda Câmara Cível, Relator Desembargador João Augusto Alves de Oliveira Pinto.

⁶⁵ No mesmo sentido, os julgados: Apelação Cível nº 26.792-3/2000, TJBA, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Manoel Moreira Costa; Apelação Cível nº 43.883-3/2000, TJBA, Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Aloísio Batista.

submissão ao exame de DNA, sendo que na primeira situação o mesmo magistrado considerava desnecessária a prova pericial, quando comprovada a paternidade por outros meios; após o advento do DNA, sobretudo após a edição da Súmula, o conjunto probatório nos autos só restaria completo se realizado o teste sangüíneo ou reconhecida a presunção pela não realização da perícia técnica. A afirmativa de que “inexistem argumentos científicos capazes de se contraporem à certeza do resultado do exame pericial de pesquisa de impressões digitais de DNA” (Apelação Cível nº 36.735-8/2004, TJBA, Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Raimundo Antônio de Queiroz), só tem sentido para a tese biologista, de que a paternidade necessariamente se confunde sempre com o vínculo biológico. Nesse sentido, não se poderia falar em socioafetividade e com isso, estariam afastadas as hipóteses de paternidade decorrente da adoção, da inseminação artificial heteróloga autorizada e da posse de estado de filiação.

Em que pesem as críticas ao determinismo biológico, é possível compreender o motivo da edição da indigitada Súmula em confronto com determinado momento histórico; não se sustenta, porém, a sua manutenção hoje, diante dos debates doutrinários – e que vêm timidamente influenciando a jurisprudência, que passa a se dividir, para corrigir os equívocos trazidos pelo instrumento normativo 301 do Superior Tribunal de Justiça, justamente diante da inutilidade da súmula, “equivocada em seus fundamentos e violadora dos princípios constitucionais” (LOBO, 2006, p. 3).

5.3 HIPÓTESES DO MUNDO FÁTICO

Um sem-número de situações pode ocorrer no cotidiano e, preparado ou não, o juiz deve oferecer uma resposta. Dentre tantas situações que podem vir a existir, é possível imaginar algumas, como as que se seguem: a) investigação de paternidade, para constituir vínculo de filiação, sem que o investigador tenha já constituído qualquer tipo de estado de filiação, com o investigado ou com terceiro; b) investigação de paternidade, para constituir vínculo de filiação com o investigado, sob o fundamento do biologismo, tendo o investigador já constituído estado de filiação socioafetiva com terceiro; c) investigação de paternidade socioafetiva, quando o investigador tenha sido registrado por pai biológico sem que tenha o investigador mantido com este estado de filiação; d) negativa de paternidade, quando já tenha sido constituído estado de filiação; e) negativa de paternidade, sem que tenha havido estado de filiação; f) reconhecimento de paternidade socioafetiva.

Talvez o direito vigente não seja tão justo em sua concretização ao ser aplicado nos casos acima, mesmo assim o juiz deve oferecer uma resposta. Atento à sua responsabilidade como “agente transformador” (DIAS, 2002, p. 12) e agindo com a ética do cuidado, sempre buscando a realização do que lhe parece mais adequado para cada caso, o juiz tem à sua disposição outras possibilidades, além da letra pura da lei. Ele tem os princípios.

Assim, no primeiro caso (letra “a”), tratando-se daquelas situações em que a pessoa tenha apenas o nome da mãe no registro público e não tenha sido “adotada” afetivamente por terceiro, normalmente um padrasto ou figura similar, a doutrina vem apontando a imposição do vínculo biológico como solução patrimonial, uma vez que o filho não pode ficar em estado de abandono material, quando a mãe não possa, sozinha, suprir todas as necessidades da

criança. É o direito ao pai, referido por Giselda Hironaka como um direito de personalidade de conteúdo plural, que se compõe de múltiplos sub-direitos, faculdades ou faces, escalonados em graduações distintas, podendo, por isso mesmo, ser exercido pelo seu titular por partes, optando por um interesse em detrimento dos demais, em respeito ao melhor interesse da criança (com destaque em especial, referido pela autora, para as situações de filiação incestuosa), e limitando a extensão do campo de incidência do exercício da paternidade (HIRONAKA, 2000, p. 6).

Igual solução pode ser encontrada em autores franceses, como Michel Dagot, Pierre Spiteri e Pierre Raynaud (apud FACHIN, 1996, p. 38), que se referem à ação para fins de subsídios⁶⁶, movida pelo filho biológico sem pai registral, que não implica em reconhecimento de paternidade, pois não se trata de investigação de paternidade. Não se trata, nessa hipótese, de provar ou pretender a paternidade, mas de estabelecer a medida de sua responsabilidade. Nessa mesma linha de pensamento, Paulo Lobo resolve a questão da pretensão patrimonial no âmbito obrigacional, considerando razoável atribuir ao “filho sem pai” um crédito decorrente do dano oriundo do inadimplemento dos deveres impostos pela paternidade responsável, exemplificados pelo autor como dever de assegurar educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, sem olvidar, ainda, com absoluta prioridade,

⁶⁶ Art. 342 do Código Civil dos franceses. Pela reforma do direito de família francês, em 2005, cujo período de *vacatio legis* foi de um ano, iniciou-se em 1º de julho de 2006, a vigência do novo direito de filiação, afastando as distinções entre filhos naturais e legítimos, que permaneciam no Código Civil até esta data. Manteve, porém, a lei civil francesa a ação para fins de subsídios de forma independente da investigação de paternidade, sendo a primeira com vistas ao pagamento de pensão alimentícia em função da vinculação biológica entre pai e filho, e a segunda para instituir vínculo de paternidade plena (informações extraídas do site: <www.parent-solo.fr>. Acesso em: 02 ago 2006). Tradução livre da autora: “*L’ordonnance a tiré les conséquences de l’égalité entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance: - Elle a supprimé la distinction entre filiation légitime et naturelle qui avait perdu tout portée juridique et pratique depuis que le législateur avait consacré l’égalité parfaite entre les enfants quelle que soit leur filiation (...). L’action à des fins de subsides peut être demandée par l’enfant naturel dont la filiation naturelle n’est pas établie. Elle consiste à réclamer une aide matérielle sous forme de pension à celui qui a eu des relations intimes avec sa mère pendant la période légale de la conception. Même si le père ou la mère étaient mariés par ailleurs, à l’époque, l’action est recevable. La preuve des relations intimes peut être apportée par des témoignages, des lettres ou une recherche d’ADN (que le père supposé peut refuser). Cette action est indépendante de l’action en recherche paternité*”.

do direito à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, impedindo por outro lado toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, deveres estes decorrentes do art. 227 da Constituição Federal de 1988. O crédito referido por Paulo Lobo equivaleria a uma quota hereditária, se o filho herdeiro fosse (LOBO, 2006, p.7-8).

No segundo caso (letra “b”), se o investigador propõe ação de investigação contra pai biológico, já tendo sido registrado por pai socioafetivo, não haveria nenhuma possibilidade de se desconstituir vínculo já devidamente construído através do estado de filiação. Assim, tal pedido há de ser considerado juridicamente impossível, pois a adoção é irrevogável, no sistema jurídico brasileiro, como já visto no item 2.3, do Capítulo 4. Porém, na hipótese do filho socioafetivo desejar conhecer a sua origem genética, cujo direito é de personalidade (LOBO, 2003, p. 151), descabe a ação de investigação de paternidade, para fins de determinação de paternidade, mas tão-somente para conhecimento de identidade genética. O termo mais correto seria ação de conhecimento de identidade genética, de rito ordinário, com ampla produção de provas, primordialmente o teste de DNA, este sim, o mais apropriado para legitimar a procedência do pedido, pois de fato se trata de declaração de vínculo genético entre as partes, que não induz paternidade (LOBO, 2003, p. 153). Assim, são duas as situações que devem ser claramente separadas: o direito à paternidade é direito de família, realiza-se judicialmente através da investigação de paternidade e se baseia na socioafetividade, que pode ser oriunda da filiação biológica ou não (adoção, inseminação artificial heteróloga, posse de estado de filiação); outro é o direito à identidade genética, que deve ser esclarecido em ação de investigação de vínculo genético, limita-se ao direito de personalidade em conhecer a sua origem genética fazendo parte, portanto, da esfera da

identidade do indivíduo, sem, no entanto, gerar vínculo paterno-filial e pode, ainda, originar um direito de responsabilidade civil em face do genitor irresponsável.

Na terceira hipótese (letra “c”), o investigador busca a determinação de vínculo paterno-filial com pai socioafetivo, embora já registrado por pai biológico, sem que com este tenha constituído estado de filiação, utilizando a tese da socioafetividade sobre o biologismo. Esse parece ser o caso típico do embate entre as duas teses. É preciso que se tenha presente que o estado ideal de coisas é a reunião, dentro de uma mesma relação paterno-filial, das duas perspectivas, quais sejam: a origem biológica e a afetividade. Na esteira do pensamento desenvolvido por Paulo Lobo de que nem toda paternidade socioafetiva resulta da consangüinidade, o direito à igualdade de paternidade a ser exercida nos casos de adoção, de inseminação artificial heteróloga autorizada e de posse de estado está assegurado, pois, nesses casos a filiação é inviolável e, como tal, não poderia ser desfeito por decisão judicial, ressalvada a hipótese de perda do poder familiar, advertida pelo mesmo autor, que complementa: “a paternidade socioafetiva decorrente da posse de estado de filiação não pode ser contraditada” (LOBO, 2006, p. 8). É possível desenvolver o raciocínio em igual sentido, para afirmar que ao julgador não é lícito desconhecer a posse de estado mesmo que exista um pai registral biológico, afastando na hipótese da letra “c” o pai biológico e anulando o registro civil, para declarar a verdade real da socioafetividade.

Na quarta situação (letra “d”), em que o pai, na dúvida quanto à origem de seu filho socioafetivo e, até então biológico, ingressa com ação negativa de paternidade para desconstituir vínculo paterno-filial, a contradição à posse de estado de filiação já consagrada desautoriza a anulação do registro civil, pela autoridade judiciária, pois deve prevalecer no

caso a continuidade da relação de família que já estava estabelecida. A opção pela socioafetividade deve levar em conta a posse de estado já constituída, sendo certo que, embora na prática possa levar a situações difíceis entre as partes, deve-se evitar um mal maior, retirando do filho o único pai que até então aquele conhecia. Outro dado a ser sopesado diz respeito à afetividade como princípio, pois nesta condição a afetividade “é dotada de força normativa, impondo deveres e conseqüências por seu descumprimento. Por isso, não se confunde com o afeto como simples fato anímico e psicológico” (LOBO, 2006, p. 8), afastando a insegurança que tal princípio viria a causar, se a sua aplicação tivesse a mesma *ratio* que nas relações matrimoniais em geral, em que a sociedade só tem existência enquanto permanecer nas partes o *affectus* que os uniu.

Na quinta hipótese (letra “e”), em que o pai apontado pelo registro público resolve negar a paternidade biológica, sem ter havido a posse de estado de filiação, duas situações devem ser observadas preliminarmente: o direito do filho ao pai e o direito do filho ao pai socioafetivo. Isto significa dizer que, na ausência da posse de estado em relação ao autor da negatória, por si só não autorizaria a anulação do registro, diante do direito do filho a um pai, mesmo que limitado no exercício do conteúdo múltiplo que preenche o conceito de paternidade, como já visto e referido aqui em Giselda Hironaka (2000, p. 6). De outra sorte, tivesse o filho constituído posse de estado de filiação com terceiro, a negatória teria desfecho diferente, pois o mesmo direito que assiste ao filho em desconstituir paternidade meramente biológica (sem posse de estado) para privilegiar paternidade socioafetiva regularmente constituída, assiste também ao genitor que não constituiu relação paterno-filial com filho biológico, que mantém posse de estado de filiação em relação à terceiro.

No sexto e último caso (letra “f”), em que o filho, na posse de estado, vem a requerer a investigação de paternidade socioafetiva, esta deve ser reconhecida, por todas as razões aqui já referidas (quanto ao afastamento do biologismo exclusivo, a impossibilidade de contraditar posse de estado regularmente constituída, a continuidade das relações de família, a adoção da afetividade como princípio a impor deveres e conseqüências pelo seu descumprimento). De fato, a solução mais adequada para o caso é o reconhecimento da vinculação jurídica de paternidade, estabelecida sobre a socioafetividade e constituída na posse de estado de filiação.

Sabe-se que a dinâmica das relações interpessoais humanas vem acompanhando as mudanças impostas pelo modelo sócio-econômico do capitalismo no mundo ocidental, razão porque toda e qualquer pretensão de generalidade cai por terra. O recurso às normas e princípios de conteúdos mais gerais e abertos, que possibilitam o preenchimento segundo o caso concreto, é ainda a melhor tentativa para a solução das contendas, especialmente em direito de família, pois como visto, a aplicação da estrita legalidade, pode vir a autorizar ainda mais abandonos de filhos, estes os mais prejudicados, pois muitas vezes nunca tiveram e nunca vão ter nenhum tipo de pai.

Concluídas as considerações teóricas até aqui expendidas, é tempo de verificar como vem decidindo a magistratura de primeiro grau os casos de atribuição de paternidade compulsória, se o critério biológico ou o afetivo.

CAPÍTULO 6

A ATRIBUIÇÃO JUDICIAL DE PATERNIDADE NO ESTADO DE PERNAMBUCO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA

Atualmente, a ação de investigação de paternidade segue o rito ordinário, em que se admite um amplo rol de meios probatórios, como os testemunhos, as fotografias, os documentos em geral, as provas científicas, justamente para embasar a decisão judicial, através do maior número possível de informações que venham a formar o convencimento do julgador. Após o recebimento da inicial, o magistrado determinará a citação do réu, para que apresente sua resposta, aduzindo ali todos os argumentos contrários ao requerimento demandado e relacionando os meios de prova, que, por sua vez, ilidiriam a pretensão do autor. Instalada a relação processual (autor – réu – juiz), o magistrado instalará a fase probatória, em que se realizarão as perícias solicitadas e a colhida dos testemunhos em audiência de instrução perante o Juízo, fase em que o julgador determinará data final para apresentação de documentos para respectiva juntada. Após o encerramento da fase instrutória, o julgador facultará às partes a produção de suas razões finais, após o quê segue-se a prolação da sentença, em que será decidida a demanda, pelo acolhimento do pedido inicial ou pela sua improcedência, conforme o julgador tenha se convencido pela inclusão ou exclusão de paternidade (SIMAS FILHO, 2005, *passim*).

A Lei nº 8.560/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos extramatrimoniais, estabelece ainda a verificação oficiosa de paternidade, ou seja, o oficial do registro público, ao tomar conhecimento da lavratura do registro civil da criança que consta

apenas o nome da mãe, remeterá ao juiz certidão do respectivo registro, acompanhado das informações que identificam o suposto pai (nome, profissão, identidade e residência), a fim de que o mesmo seja notificado para se manifestar sobre a paternidade que lhe é atribuída. Se o suposto pai confirmar a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e posteriormente averbado o registro; se, de outra parte, a paternidade for contestada ou o suposto pai não atender à notificação judicial, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público, para que este ajuíze competente ação de investigação de paternidade, que seguirá os trâmites indicados acima.

Em todos os casos, a problemática emerge da contestação da paternidade por parte do suposto pai, especialmente nas situações em que de fato a paternidade pode ser comprovada.

Sabe-se que em sede processual toda pretensão de direito deve ser provada, assim, reside na fase instrutória e na sua respectiva apreciação o ponto crucial para a solução da demanda. Todavia, o juiz deve observar alguns princípios orientadores do processo, como o da imparcialidade, do contraditório, princípio dispositivo, do impulso oficial, da oralidade, da persuasão racional, da lealdade processual, da concentração, da economia e da instrumentalidade das formas, do devido processo legal, da celeridade processual e do duplo grau de jurisdição (CHACUR, 2004, p. 10), a fim de bem atender à sua função judicante. Aqui interessa mais de perto o princípio da persuasão racional, que impossibilita a hierarquização dos meios probatórios, pois, se de um lado, o julgador é livre para formar o seu convencimento, direito que decorre expressamente da lei processual civil em vigor⁶⁷, por

⁶⁷ Art. 131 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

outro, não pode estabelecer uma hierarquia dos meios probatórios, pois todos os meios legais e os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos⁶⁸.

Assim, entende-se por princípio da persuasão racional um outro viés do princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o magistrado tem a liberdade de julgar uma demanda processual conforme seu convencimento, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição Federal, motivando sua decisão através de fundamentação, à luz das provas e dos argumentos trazidos aos autos pelas partes (SGARBOSSA; IENSUE, 2005, p. 5). Embora o julgador goze de liberdade para apreciar as provas trazidas ao processo, não deve o próprio magistrado resgatar a situação já superada do sistema da prova legal, em que a lei estabelecia previamente o peso ou o valor que o juiz deveria dar a cada meio probatório. Isso procede porque, ao dar primazia aos testes de DNA como meio de prova determinante nas ações de investigação de paternidade, o magistrado está, implicitamente, resgatando a idéia de hierarquia das provas. Por fim, essa hierarquia assim estabelecida, implicará uma natural primazia da tese biologista sobre a tese da socioafetividade, em função dos resultados conduzidos pela prova científica.

Tivesse o magistrado que observar apenas o laudo pericial como prova decisiva, não haveria mais razão de ser a própria investigatória da paternidade, pois bastaria a realização do exame de DNA pelos particulares, que recorreriam ao Poder Judiciário apenas para homologar o resultado, sem perquirir nada mais. Não é assim, contudo. A ação investigatória vai além da mera declaração de vínculo biológico, ela estabelece paternidade. E, justamente por isso, não deve o magistrado subsumir-se ao resultado de um laudo pericial, em franco

⁶⁸ Art. 332 do Código de Processo Civil: “Todo os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

retrocesso ao positivismo lógico-normativo: dado o resultado positivo do teste de DNA deve ser pai.

Apesar disso, a utilização do teste de DNA como meio de reconhecimento de vinculação genética e o conseqüente estabelecimento da paternidade nas ações de estado, pode ser verificada em diversos casos julgados em primeira instância, no Estado de Pernambuco, destacados como amostra do pensamento majoritário da magistratura quanto ao tema.

6.1 A ANÁLISE DA AMOSTRA

Essa amostra se refere a 86 ações de estado analisadas entre os anos de 2005 e 2006, destacadas a partir de um Convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, através da Secretaria de Justiça e Cidadania e o Governo do Estado de Pernambuco, e o Laboratório de Genética Molecular Humana, da Universidade Federal de Pernambuco, através da Fundação de Apoio à Pesquisa e ao Ensino, para realização de 600 exames de DNA, executado entre os anos de 2003 e 2004, cuja coordenação fora efetuada pela pesquisadora, em razão do cumprimento de suas funções na assessoria ao Gabinete da Defensoria Pública Geral do Estado de Pernambuco.

A pesquisa foi realizada entre os meses de abril e junho do ano de 2006, através da consulta processual nos seguintes cartórios judiciais: a) Comarca do Paulista: 4ª Vara Cível;

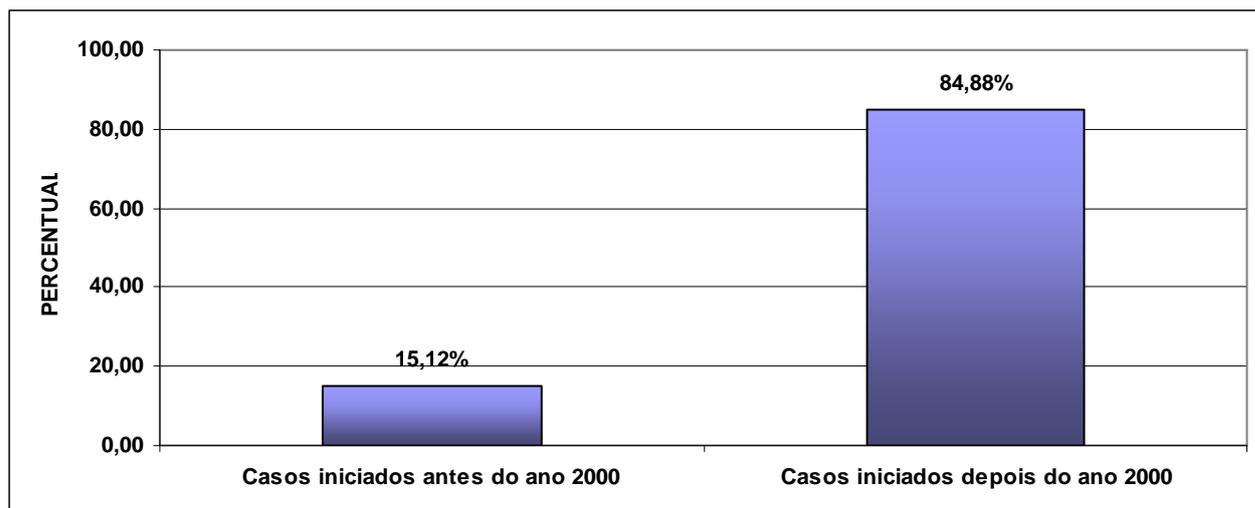
b) Comarca de Olinda: 2ª Vara Cível, 3ª Vara Cível, 5ª Vara Cível, 7ª Vara Cível, 8ª Vara Cível, 9ª Vara Cível; c) Comarca de Jaboatão dos Guararapes: 6ª Vara Cível, 8ª Vara Cível; d) Comarca do Cabo de Santo Agostinho: 4ª Vara Cível, 5ª Vara Cível; e) Comarca da Capital (Recife): 5ª Vara de Família e Registro Civil, 7ª Vara de Família e Registro Civil, 10ª Vara de Família e Registro Civil. Foram feitas pesquisas *in loco* e consulta processual virtual, através do sistema *on-line* de acompanhamento processual, devendo-se esclarecer que, a despeito da sentença de primeiro grau, alguns processos ainda não transitaram em julgado em razão de recursos processuais que remeteram à segunda instância a decisão definitiva. Mesmo assim, foi possível submeter a amostra aos testes estatísticos quantitativos apropriados⁶⁹, cujos resultados demonstraram que os exames de DNA influenciaram de forma decisiva no resultado da sentença. Deve-se registrar, ainda, que não foi identificada nenhuma decisão judicial que adotasse a socioafetividade como critério de atribuição de paternidade nestes processos analisados.

Reunindo informações fragmentadas em alguns Estados da Federação Brasileira, foi possível concluir que a partir de 2002 houve um aumento considerável do número de ações investigatórias de paternidade, sobretudo com base nos testes de DNA, impulsionando o Poder Judiciário a estabelecer convênios com entidades que realizam o referido exame e com isso, aumentando também o número de laboratórios particulares desta natureza. No Rio Grande do Sul, por exemplo, “na segunda metade de 2002, ingressavam no sistema gaúcho de justiça uma média de mil pedidos de investigação paterna por mês – um número que representa cerca de 7% do volume mensal de nascimentos”, cujos exames de DNA realizados pelo Serviço Médico Jurídico totalizavam “aproximadamente 500 testes por mês” e ainda

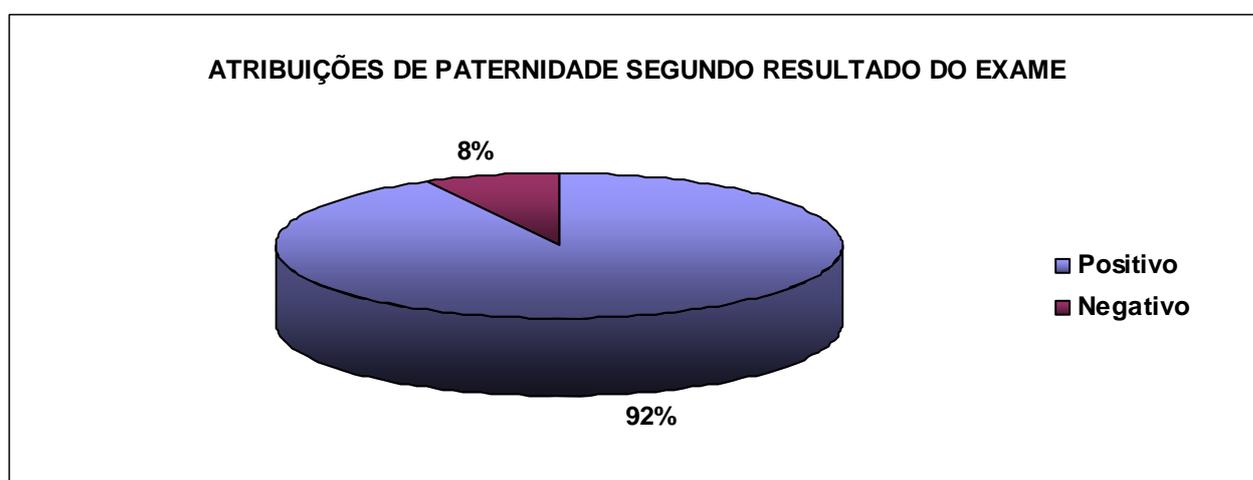
⁶⁹ O auxílio estatístico coube à Prof^ª Mônica Barradas, da Escola Politécnica de Pernambuco (UPE-Universidade de Pernambuco).

dispunham de uma “lista de espera de mais de 8 mil pedidos – o que representa cerca de um ano e dez meses de fila” (FONSECA, 2004, p. 14). No Estado do Piauí, desde a franquia do serviço laboratorial de tipagem por DNA para solução de investigações de paternidade, em 2004, 1.665 exames já foram realizados, sendo 711 exames em 2004, 774 exames em 2005 e 180 exames até o início do mês de julho de 2006 (VIANA, 2006, p. 1). No Rio de Janeiro, o pedido mensal de testes de DNA em ações de investigação de paternidade vem aumentando na proporção aproximada de 20% ao ano, após a verificação de que em 2004, foram realizados mais de 400 exames de DNA por mês, 482 testes por mês em 2005 e uma média de 584 exames de DNA por mês no ano de 2006, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (sem autoria, 2005, p. 1). O programa de perícias do Rio de Janeiro, realizado em parceria com a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade Federal do Rio de Janeiro dá conta de um total de 13.481 exames de DNA em quase oito anos de funcionamento, estando em andamento já um novo convênio que tem por objeto a realização de mais 14 mil perícias até junho de 2008 (sem autoria, 2005, p. 1). Há 5 anos, o Laboratório de Genética Molecular Humana, da Universidade Federal de Pernambuco, mantém convênio com o Ministério Público do Estado de Pernambuco para a realização de exames de DNA para a população, através do encaminhamento de 10 casos por mês, totalizando 120 por ano, com renovação do convênio a cada 12 meses (informações colhidas no *site*: <www.nlink.com.br/mauricio>).

Assim, conforme demonstrado pelo gráfico abaixo, 13 (15,12%) dos 86 casos foram iniciados antes do ano 2000:



A hipótese testada foi a utilização da tese biológica para atribuição de paternidade nas ações processuais, comprovada pelos testes de DNA que permitem mais facilmente a inclusão ou exclusão de paternidade biológica, com grau elevado de probabilidade.



Aplicando a Inferência para proporção através da estatística de teste Z, com um erro de 5%, existe diferença significativa entre as proporções dos resultados dos exames. Conclui-se

que os juízes têm preferido a tese biologista [$Z=9,33$] com 95% de confiabilidade dos resultados.

6.2 RESULTADOS DA ANÁLISE ESTATÍSTICA

Em 37 casos a sentença de primeiro grau foi proferida no mesmo ano da realização do exame DNA (43,02%). A pesquisa identificou ainda 13 casos iniciados antes do ano 2000, cuja sentença só foi proferida com a realização do exame, após o ano de 2003 (15,11%).

Como já visto, em todos os casos pesquisados foi utilizado o teste de DNA como meio de prova. Foram identificados 9 casos de exclusão de paternidade pelo teste de DNA, dos quais 7 foram julgados improcedentes pelo juiz. Houve uma desistência do pedido, após o resultado do exame.

Dos 77 casos de inclusão de paternidade, 6 realizaram acordo, após o conhecimento do resultado do exame. Não se pode olvidar, contudo, que o resultado do teste de DNA fora decisivo ainda assim, uma vez que, tanto os acordos como a desistência, se deram após a apresentação do laudo pericial do exame de DNA.

Não foi identificado nenhum processo que apresentasse divergência entre o resultado do exame e a sentença do juiz, ou seja, nenhuma sentença procedente correspondeu à exclusão de paternidade pelo teste de DNA, como também nenhuma sentença fora

improcedente, a despeito de incluída a paternidade biológica pelo teste de DNA. Isso demonstra, pelos casos pesquisados, que a paternidade atribuída pelos juízes corresponde apenas à paternidade biológica.

Percebe-se, pois, que existe uma associação necessária nas decisões judiciais analisadas entre o determinismo biológico e a segurança jurídica trazida pela certeza dos resultados de inclusão ou exclusão de paternidade pelo teste de DNA, o que também ficou evidenciado pela Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, como foi visto anteriormente.

Assim, além da inserção da nova presunção de paternidade trazida pela Súmula, o advento da “Era do DNA” também marcou definitivamente o pensamento da magistratura, que adotou a tese biologista majoritariamente.

De fato, além do próprio teste de DNA, a Súmula 301, em que pese sua visão estratégica, representa um argumento de peso na decisão do magistrado que aplica a presunção de paternidade por recusa à submissão ao exame de DNA, em função dessa aparente segurança da tese biologista. Esse é um dado inafastável, para o juiz. A segurança jurídica é uma necessidade para a legitimação do direito concretizado pela decisão, mas é também um grande consolo para o julgador. Contudo, nem sempre a segurança caminha lado a lado com a justiça e é justamente quando essas duas perspectivas se dissociam que se instala o embate milenar entre decisão justa ou decisão segura. A escolha do julgador, no mais das vezes, representa ao final a escolha pelo vencedor do embate entre essas duas perspectivas, cujo duelo se confunde com a própria história do Direito. Compreender essa escolha só é possível pela compreensão dessa história.

CONCLUSÕES

A aproximação da idéia do biologismo como a tese mais segura e a da socioafetividade como a tese mais justa, para a determinação judicial da paternidade, permitiu a compreensão de que esta tensão entre as duas posições é milenar e está intrinsecamente associada às escolas de pensamento jusfilosófico do direito. Portanto, não pode ser encarada como uma opção isolada de um ou outro magistrado, mas como uma decorrência natural do sistema adotado em dada época e lugar.

Apesar das diferenças que possam afastar uma ou outra doutrina, parece haver um consenso quanto à necessidade da interdisciplinaridade no direito como fator de conciliação entre segurança e justiça, não sendo incomum ver-se apontada a conjugação das disciplinas dogmáticas e zetéticas como combinação necessária entre idealidade e realidade (TEIXEIRA, 2002, p. 4).

Assim, em que pesem as teorias pós-positivistas, que defendem um sistema de normas e princípios abertos, passíveis de concretização no momento de sua aplicação, pelo preenchimento casuístico dos conteúdos de normas gerais, maior flexibilidade na interpretação das regras e o uso da argumentação como método, o sistema jurídico brasileiro, no que se refere à problemática abordada nesta pesquisa, parece ter se dividido, como na estória do sujeito que atravessava um rio em busca de um lugar melhor para viver e parava no meio dessa travessia, com receio de avançar; nesse momento, ele pode voltar à margem de onde saíra (o que lhe pareceria mais seguro, já que o trajeto era familiar) ou pode continuar

nadando até chegar à outra margem, onde existe a esperança de um futuro melhor (mas, neste caso, o percurso é desconhecido). Isso porque, apesar da doutrina nacional estar cada vez mais harmoniosa na adoção da tese da socioafetividade nas relações de família, sobretudo para constituição do vínculo paterno-filial, a magistratura vai seguindo na contramão, ao adotar a tese do determinismo biológico.

Como bem já observara Paulo Lobo, “a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica” (2006, p. 1). Com muita propriedade, o mesmo autor advertira em outra oportunidade:

Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deve haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem dador de esperma, para inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma como em outra situação, não houve intenção de constituir família (LOBO, 1999, p. 72).

Para Fachin, a posse de estado de filho está ligada ao sentido da proteção jurídica da afetividade, pois “a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica” (FACHIN, 1996, p. 65).

Essa polêmica surgiu exatamente em função da massificação dos testes de DNA, que favoreceu uma verdadeira “corrida ao DNA” e estabeleceu uma visão claramente dicotômica da paternidade: a verdade biológica (tida pelo determinismo científico como real) e a verdade socioafetiva. Através de técnicas cada vez mais avançadas, o exame de vinculação genética

pode determinar a inclusão ou exclusão de paternidade com um grau de precisão superior a 99,999% de probabilidades, o que vem esclarecer com segurança a existência ou não de vinculação biológica entre os indivíduos. Não se pode afastar a idéia de que esse é de fato um grande e positivo avanço para a ciência, sobretudo para a investigação médica da genética humana. No entanto, diante da desconstrução de relações familiares, muitas vezes, já consolidadas no tempo, a questão que o teste de DNA levanta é a seguinte: será que um exame científico é capaz de apagar uma história consolidada no tempo? Realmente, a vinculação biológica é suficiente, por si só, para determinar a paternidade? O teste de DNA pode afastar todas as dúvidas decorrentes de uma relação humana entre pai e filho? Ou o teste é apenas o início de outras dúvidas e de outras implicações? É possível reunir em uma só prova toda a complexidade inerente à construção de relacionamentos familiares?

O que se tem de concreto é que de fato o teste de DNA se presta a esclarecer a existência ou não de vinculação biológica, porém não se tem a exata medida de sua segurança para a determinação de uma relação de família. Isso porque o estabelecimento de vínculos familiares pode se dar ou não em função da origem biológica e ao longo da história sempre foi assim. A separação entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva é que é recente. Essa separação ficou evidenciada após o advento dos testes de DNA, sobretudo diante da impossibilidade de se convalidar as presunções de paternidade, por falta de contraprova. Hoje, é o suficiente o teste de DNA para afastar a presunção de paternidade, qualquer que seja ela, inclusive a decorrente da inseminação artificial heteróloga (é só pensar o caso do cidadão que, autorizada a inseminação heteróloga vem a descobrir, posteriormente, que se tratou de uma concepção natural decorrente da traição da esposa com pessoa conhecida: o pai biológico

deixou de ser um desconhecido, resguardado pelo sigilo dos bancos de sêmen, para ter rosto e nome, podendo ser facilmente identificada a origem biológica em função disso).

A absorção dessa verdade biológica pelo Poder Judiciário não tardou a se concretizar nos diversos países, inclusive no Brasil, sobretudo após a década de noventa, período em que, em razão de técnicas mais seguras e com possibilidade de redução de custos, passou a ser largamente utilizada nas perícias forenses, sob vários pretextos, inclusive o de que seria a prova mais segura a atestar a paternidade. De fato, como já se disse, o DNA é imbatível para comprovar a vinculação ou não de origem genética entre pessoas, mas daí a tomar a mesma verdade como sinônimo de paternidade vai uma boa distância.

Quanto a isto, não se pode interpretar como segura uma decisão judicial que, ao privilegiar uma prova científica, como a do exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, para determinação de paternidade, afasta ou impõe uma vinculação meramente biológica, sem considerar a existência de socioafetividade, que possibilita o exercício pleno da paternidade responsável. Talvez a segurança seja apenas do ponto de vista do julgador, que, na realidade brasileira, por exemplo, amparado na visão estratégica da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, pode decidir rapidamente uma demanda processual, seja através da imposição do teste de DNA ou da presunção pela não realização do mesmo.

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, submetida à análise da teoria da ação comunicativa de Habermas, apontou a mácula da estratégia, na medida em que não objetivava a verdadeira comunicação social, mas tão-somente para satisfazer uma das partes do discurso, no caso o magistrado. Assim, a Súmula 301 de fato vem amparar o

julgador na celeridade processual, mas deixa de atingir o seu fim maior, qual seja o de fomentar a realização da justiça. Nesse mesmo sentido, a crítica de Paulo Lobo, para quem a Súmula 301 é equivocada, porque parte de pressuposto falso (o de que a identidade genética é a única a criar vínculo paterno-filial); inútil, porque depende de outras provas; injusta, porque induz o réu a realizar prova contra si próprio; contraditória, por violar indiretamente princípios constitucionais, como os da preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer, apontados em precedente do Supremo Tribunal Federal; e, por fim, desnecessária, porque o próprio sistema jurídico permite a solução dos conflitos oriundos da pretensão patrimonial, equivocadamente hoje alegada em função da paternidade, que implicará em negação de vínculo já constituído (LOBO, 2006, p. 9).

O princípio da afetividade, como tal, embora se relacione com valores, cujos vieses psicológico e filosófico, podem lhe servir de lastro, com estes não se confundem, como já concluíra Humberto Ávila, ao distinguir regras, princípios e postulados, considerando as primeiras como normas diretas, que impõem determinados comportamentos, os segundos como normas preceptivas que orientam a promoção de um estado de coisas através de comportamentos necessários à consecução de seu fim, e os últimos como instrumentos normativos metódicos, para se atingir determinados resultados. Assim, os princípios implicam deveres que impõem determinados comportamentos, por via indireta, afastando-se por isso mesmo do conteúdo meramente axiológico que qualifica o valor. Também neste sentido, o princípio deixa de ser uma preferência pessoal, passando a ser exigível a sua concretização, em casos semelhantes.

Ao lado do princípio da afetividade, outros princípios podem ser também sopesados, para se atingir a finalidade prevista, como os da solidariedade, do melhor interesse da criança, da continuidade nas relações de família, inclusive a ética do cuidado, na medida em que esta reforça e amplia o seu conteúdo valorativo, através de outros valores, como os da responsabilidade e da sensibilidade social, não se afastando, por isso, da justiça, muito ao contrário, vem se aproximar ainda mais desta, na medida em que favorece ainda mais a busca pela decisão justa, algumas vezes em detrimento da aparente segurança.

Não se pode olvidar, contudo, que a opção do juiz atualmente reflete, sem sombra de dúvidas, o que se tem entendido da própria definição de direito: sistema de normas legais ou sistema de normas jurídicas (leis e princípios), contexto fechado ou aberto, subsunção dos fatos à lei ou interpretação e construção de direito a partir do caso concreto. Enfim, as idéias de positivismo e pós-positivismo são decisivas também no embate entre biologismo e afetividade, na medida em que a primeira tese para atribuição de paternidade representa a segurança maior da decisão judicial, por conta da comprovação científica em que ela está baseada, qual seja, o teste de DNA, enquanto a segunda necessita de maior investigação e muitas vezes pode dificultar a tarefa do juiz na identificação de elementos suficientes que possam indicar a existência de uma relação paterno-filial, mas, quando verificada esta, é possível associá-la à justiça do caso concreto.

Sem perder de vista o fim último do direito, que é o de promover a justiça, ao se utilizar o princípio da afetividade como argumento jurídico, torna-se solução mais equilibrada no reconhecimento ou estabelecimento de vínculos paterno-filiais não oriundos de vinculação biológica, como nas hipóteses de investigação de paternidade, para constituir vínculo de

filiação, sem que o investigante tenha já constituído qualquer tipo de estado de filiação, com o investigado ou com terceiro; investigação de paternidade, para constituir vínculo de filiação com o investigado, sob o fundamento do biologismo, tendo o investigante já constituído estado de filiação socioafetiva com terceiro; investigação de paternidade socioafetiva, quando o investigante tenha sido registrado por pai biológico sem que tenha o investigante mantido com este estado de filiação; negativa de paternidade, quando já tenha sido constituído estado de filiação; negativa de paternidade, sem que tenha havido posse de estado de filho; reconhecimento de paternidade socioafetiva, entre outras.

Nesse sentido, conclui-se que a paternidade que se identifica hoje é plena quando conjuga os critérios biológico e afetivo, porém, diante da impossibilidade dessa conjugação, deve-se privilegiar a socioafetividade, sobretudo nos conflitos de paternidade meramente biológica e paternidade afetiva já constituída, pois a tese biologista adotada isoladamente, ou seja, sem a associação necessária à socioafetividade para a construção dos laços paterno-filiais, não se presta ao direito: a uma, porque não induz à paternidade responsável, haja vista o elevado número de crianças sem a indicação do nome do pai em seus registros de nascimento; a duas, porque afasta a socioafetividade nas situações em que haja rejeição paterna exclusivamente biológica, uma vez que estaria autorizada a desconstrução do vínculo socioafetivo em função do vínculo biológico com terceiro; a três, porque, nessas hipóteses, estaria o direito colaborando ainda mais com a elevação dos números de filhos sem pai no país, o que, sob hipótese alguma, poderia ser tolerado pelo sistema jurídico brasileiro. Por fim, conclui-se que a adoção da tese biologista representa um verdadeiro retrocesso ao moderno direito de família em vigor no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Traduzido por: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALFAMA, Eva; BONA, Yann; CALLÉN, Blanca. La virtualización de la afectividad. **Athenea Digital**, Barcelona, n. 7, primavera 2005. Disponível em: <<http://www.bib.uab.es/pub/athenea/15788646n7.htm>>. Acesso em 09 fev 2006.

ALMEIDA, Ana Rita Silva. **O que é afetividade?** Reflexões para um conceito. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/o_que_e_afetividade.asp>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ANTUNES, Amauri Araújo. **Performance da música indígena no Brasil**: os instrumentos. Disponível em: <<http://hemi.nyu.edu/unirio/studentwork/imperio/projects/amauri/o%20indio%20brasileiro.htm>>. Acesso em: 29 set 2006.

ARNAUD, Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução por: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALLONE, Geraldo José. **Alterações da afetividade**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/cursos/afet.html>>. Acesso em 09 fev 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

BERCHT, Magda; VICCARI, Rosa Maria. **Afetividade em máquina: uma possibilidade? Non-sense completo? Pós-modernidade na inteligência artificial?** Disponível em: <<http://penta.ufrgs.br/pgie/workshop/afetividade.html>>. Acesso em 07 fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. Do princípio dispositivo e a prova “uma nova visão do processo civil”. **Colloquium Humanarum** - Revista Científica da Universidade do Oeste Paulista - Unoeste, Presidente Prudente, v. 2, n.1, p. 9 - 16, jan./jun. 2004.

CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Paixão, ação e liberdade em Espinosa**. Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/guaikuru0003/chau_i_passio.html>. Acesso em: 11 ago 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Traduzido por: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Idéia e afeto em Spinoza**. Traduzido por: Francisco Travenço Fuchs. 1978. Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/spin_filo_spin_deleuzeafeto.html>. Acesso em 13 fev 2006.

DE MATTEIS, Matteo. **La paternità in un test**. Disponível em: <www.guidagenitori.it/guidagenitori/home.jsp?openDocument=1748&parent1=152...>. Acesso em: 14 mar. 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Traduzido por: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 13, Síntese, p. 05-12, abr-jun. 2002.

_____. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=479&isPopUp=true>. Acesso em: 29 ago. 2006.

DIAS, Susana. **Entusiasmo brasileiro com DNA é criticado**. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/cultura/cultura04.shtml>>. Atualizado em 10 jul. 2003. Acesso em: 05 out. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESPINOSA, Bento de. **Pensamentos metafísicos**. Traduzido por: Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Nova Cultural, 1997a, p. 27-139.

_____. **Ética**. Traduzido por: Joaquim de Carvalho, Joaquim Ferreira Gomes e Antônio Simões. São Paulo: Nova Cultural, 1997b, p. 141-436.

ESTÊVÃO, Carlos V. Escola, justiça e autonomia: novas abordagens sociológicas da escola como organização. **Papeles Salmantinos de Educación**, Salamanca, n. 3, Universidad Pontificia de Salamanca, p. 12-30, 2004.

ESTÊVÃO, Osvaldo Luacuti. **Traços do casamento típico do bailundo**. Disponível em: <<http://huambodigital.net/2006/06/09/tracos-do-casamento-tipico-do-bailundo/>>. Acesso em: 29 set. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Safe, 1992.

_____. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Alexandre Ronaldo da Maia. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica**: por uma dogmática jurídica da multiplicidade. 2001. 215 f. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FONSECA, Cláudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 12, n. 2, p. 13-34, mai/ago 2004.

FRANÇA, Ronaldo. Não pode pairar dúvida: o presidente do STJ, Edson Vidigal, é envolvido em casos que precisam ser esclarecidos. **Revista Veja**, São Paulo, n. 1923, p. 98-102, 21 set. 2005.

FRANÇA FILHO, Genival Veloso de. **Exame de DNA – meio de prova**. Disponível em: <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_18.htm>. Acesso em: 09 ago. 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**, v. 1. Edição fac-sim., original de 1876, 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**, v. 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GLEIZER, Marcos André. **Espinosa e a afetividade humana**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

GUSDORF, Georges. **Tratado de metafísica**. Traduzido por: António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, v. 2: crítica de la razón funcionalista. Traduzido por: Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, 1999.

_____. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de la teoría del discurso. 4. ed. Traduzido por: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Discurso filosófico da modernidade**. Traduzido por: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Traduzido por: Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002b.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=529>>. Acesso em: 26 jul. 2006.

JOAQUIM, Teresa. **Reflexão ética sobre a dignidade humana**. Documento de Trabalho extraído das Plenárias do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 5 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/C718779C-F747-43D0-A3D0-67F394F937EC/0/P026DignidadeHumana.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2006.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KRUEGER, Magrit Froehlich. A relevância da afetividade na educação infantil. **Revista Leonardo Pós**, Blumenau, n. 3, Instituto Catarinense de Pós-Graduação, p. 27-30, 2003.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: RT, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

_____. O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1, Síntese, p. 67-78, abr-mai. 1999.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 26 jan. 2005.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, Síntese, p. 40-55, jan-mar. 2002.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 19, Síntese, p. 133-156, ago-set. 2003.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; et alii (Orgs). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A constitucionalização do direito civil. **Intelligentia Juridica**, Recife, ano 1, n. 33, out. 2001. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo2-oldout2001.html>>. Acesso em: 24 out. 2003.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1036, mai. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Traduzido por: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traduzido por: Javier Torres Nafarrate, com colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe, Luis Felipe Segura. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 2002.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-157.

MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27-60.

MELO JR., Regnoberto Marques de. **A investigação de paternidade e a Súmula 301 do STJ**. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas1.asp#>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado**, tomo I. Atualizado por: Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs). Traduzido por: Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão, Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 145-173.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **Razão e afetividade**: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl. 2. ed. Brasília: UNB, 2002.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade** – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 235-259.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja**, edição comemorativa dos 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, p. 75-81, 1993.

RABELO, Luiz Gustavo. Posição do STJ quanto à paternidade é progressista, diz pesquisadora da UnB. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, ano . Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/no2/index.php?caderno=23¬icia=525>>. Acesso em: 09 set. 2005.

RODRIGUES, Renata de Lima. As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 655, 23 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6617>>. Acesso em: 26 jul. 2006.

SAWAIA, Bader Burihan. **A emoção como locus de produção do conhecimento**: uma reflexão inspirada em Vygotsky e no seu diálogo com Espinosa. 2000. Disponível em: <www.fae.unicamp.br/br2000/1060.doc>. Acesso em: 10 fev 2006.

SAPINA, Ricardo et alii. **Macanhelas**: “má educação é ter ouvidos tapados e coração seco”. Disponível em: <http://www.consolata.pt/noticiasdestaque.asp?not_id=651>. Acesso em: 29 set. 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. A emenda constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6884>>. Acesso em: 03 ago. 2006.

SEM AUTORIA. Exame de paternidade provoca corrida à Justiça do Rio. Editorial eletrônico: <www.notadez.com.br>. **Notícias**. Disponível em: <www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=15340>. Acesso em: 27 jul. 2006.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

STAMFORD, Artur. **A decisão judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TRACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sangüíneos na determinação de paternidade – II. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15-26.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Francisco. Lacen realizou 1.665 exames de DNA. Veículo eletrônico: <www.piaui.pi.gov.br>. **Notícias**. Disponível em: <www.piaui.pi.gov.br/materia.php?id=19702&pes=dna>. Acesso em: 27 jul. 2006.

VIEIRA, Ivo; VIEIRA, Rodrigo Pinheiro. **Uso e abuso do exame de DNA sob o ponto de vista médico-legal**. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud7/DNA.htm>>. Acesso em: 05 out. 2006.

VILADRICH, Pedro-Juan. Apuntes sobre la paternidad en la sociedad contemporanea. In: International Federation for Family Development International Congress, XV. **Family: a**

revolution for the Third Millenium. 2000. Roma, 11-13 oct. Disponível em: <http://www.arvo.net/pdf/PATERNIDAD_SOCIEDAD.htm>. Acesso em: 13 jul. 2006.

ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. A redescoberta da ética do cuidado: o foco e a ênfase nas relações. **Revista da Escola de Enfermagem**, São Paulo, n. 38, Universidade de São Paulo, p. 21-27, 2004.