

Princípio jurídico da afetividade na filiação

23.03.2004

SUMÁRIO: 1. Equívocos da filiação biológica: do modelo tradicional ao científico; 2. Da patrimonialização à repersonalização nas relações entre pais e filhos; 3. Fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade; 4. Aplicação do princípio da dignidade humana à filiação; 5. A filiação, na perspectiva do princípio da afetividade.

1. Equívocos da filiação biológica: do modelo tradicional ao científico

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Assim, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est* quem nuptia demonstrant, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo;
- b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada;
- c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
- d) a presunção de *exceptio plurium concumbentium* que se opõe à presunção anterior;
- e) a presunção de paternidade, para os filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, entre outros.

Especial destaque merece a presunção *pater is est*, principalmente pelo fato de persistir dúvida quanto à sua permanência, após a Constituição de 1988. Durante séculos e até milênios, os povos do sistema jurídico romano-germânico encerraram a incerteza da paternidade, valendo-se dessa presunção prático-operacional. A presunção supõe que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles. Sustenta-se que, apesar das normas constitucionais brasileiras, a presunção continua em vigor e permanece adequada à realização da função afetiva da família, como triunfo da vontade sobre a causalidade física, considerando “ilusória e perversa a euforia que tomou conta de uma parte da doutrina e dos tribunais brasileiros com respeito aos progressos da biologia genética e sua aplicação para determinar a paternidade”.

A presunção *pater is est* não resolve o problema mais comum que é o da atribuição de paternidade, quando não houve nem há coabitação. A presunção fazia sentido quando a filiação biológica era determinante, no modelo patriarcal de família, que exigia certeza e segurança para sucessão dos bens e não se admitiam outras entidades familiares fora do matrimônio. Os laços de afeto que se constróem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza (origem biológica) ou de imposição da lei. Por outro lado, e por sua própria natureza, a presunção parte da exigência da fidelidade da mulher, pois a do marido não é necessária para que ocorra, circunstância que a incompatibiliza com o § 5º do artigo 226 da Constituição, para o qual “os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Os tribunais, fundados nos princípios constitucionais e no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer

restrição, observado o segredo de justiça".), têm entendido que os filhos podem, a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, não prevalecendo a presunção pater is est nem o registro público do nascimento.

Do mesmo modo, fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. Com a evolução das ciências biogenéticas, outras presunções surgiram, tais como a que confere pretensa certeza de filiação ao resultado de exame de DNA e a que considera confissão ficta a recusa em a ele submeter-se. A presunção de confissão ficta é agressora do princípio da dignidade humana e do direito de personalidade (intimidade, integridade física), podendo ser injusta e geradora de incertezas. As manipulações genéticas trouxeram perplexidades: o dador anônimo de sêmen é pai?; a mãe hospedeira é mãe?; quando há concepção ou início de existência do nascituro, se a inseminação for realizada in vitro?; e se a inseminação artificial for totalmente heteróloga?

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988.

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as consequências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade ao dador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

2. Da patrimonialização à repersonalização nas relações entre pais e filhos

A família patriarcal perpassou a história deste país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procracionais e religiosas. A função de realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante ao final do Século XX, era secundária. A filiação biológica, desde que originada na família matrimonializada, era imprescindível para o cumprimento dessas funções e papéis, notadamente de preservação da unidade patrimonial.

A superação da família patriarcal é fato histórico e social comprovável, notadamente pelas constantes pesquisas nacionais por amostragem de domicílios (PNAD), promovida pelo IBGE. Analisando os dados da

pesquisa de 1986, pode constatar o que os estudiosos vinham revelando: o desmontar das relações familiares de plúrimas formas, assentadas em laços afetivos, essencialmente. Os PNADs, dos anos posteriores, demonstram o aprofundamento dessa linha de tendência. De um modo geral, a mudança de foco, do patrimônio à pessoa, é o sinal expressivo das transformações mais espetaculares que o direito civil passou a ter, desde o advento do individualismo e do liberalismo jurídicos, decorrentes da triunfante revolução liberal-burguesa dos três últimos séculos.

O iluminismo, reagindo fortemente contra o absolutismo monárquico da primeira fase do Estado nacional, vislumbrou na propriedade individual, concebida como direito subjetivo por excelência, a garantia da pessoa contra os abusos do poder político. A função econômico-patrimonializante da família burguesa foi exasperada, afastando-se, por consequência, a filiação não matrimonializada, cuja qualidade de sujeitos de direitos plenos era negada. A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

Essa virada de Copérnico foi bem apreendida por Orlando Gomes: “O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio a ratio* única do casamento”. Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.

3. Fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. A Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, é família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto.

4. Aplicação do princípio da dignidade humana à filiação

O princípio da efetividade, assentado nesse tripé normativo, especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. Immanuel Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público.

Como princípio, ostenta densidade semântica reduzida, de modo a ser preenchida com a mediação concretizadora de quem o deva aplicar. A mediação não se compadece com juízos subjetivos de valor. O princípio é espécie do gênero norma jurídica constitucional, que não fica a mercê da norma jurídica infraconstitucional regulamentadora. Dele brotam efeitos imediatos e determinantes, sendo ao menos de três espécies:

1. Imposição permanente ao legislador, para que o densifique com os conteúdos prevalecentes em cada época, mediante normas infraconstitucionais (eficácia positiva);
2. Conformação fundamental das normas infraconstitucionais, que devem ser aplicadas e interpretadas a partir e segundo o princípio constitucional (eficácia positiva);
3. Compatibilização limitante das normas infraconstitucionais, que não podem com o princípio colidirem, sob pena de inconstitucionalidade ou de revogação (eficácia negativa).

Os juristas costumam dizer que os princípios constitucionais são expressos ou tácitos. São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam.

Como escrevi em outro trabalho, na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação aos filhos. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

5. A filiação, na perspectiva do princípio da afetividade

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

* Doutor em Direito Civil (USP), professor da UFAL e da UFPE (Pós-graduação).

Portal IBDFAM - <http://www.ibdfam.org.br/>