® BuscaLegis.ccj.ufsc.Br

Dois pais e uma mãe: condição para paternidade sócio-afetiva?

Rafael D'Ávila Barros Pereira*

Não. O registro de nascimento contendo o nome de dois pais e uma mãe não é condição para a existência de uma paternidade sócio-afetiva.

Em um artigo publicado neste mesmo portal jurídico, com o título **"Dois pais e uma mãe. É possível registrar?"**, defendi a impossibilidade de se promover o registro de nascimento de uma criança constando o nome de dois pais e uma mãe. Tal artigo foi escrito e pensado com base no capítulo da novela *Duas Caras*, da Rede Globo, exibido no dia 09/04/08.

Antes de adentrarmos no mérito da questão, quero aqui expressar minha satisfação. Foi assim que me senti quando li o artigo **"Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva"**, escrito por Marcelo Moura da Conceição, publicado neste mesmo portal.

O referido artigo é extremamente esclarecedor quanto aos delineamentos deste novo entendimento de paternidade sócio-afetiva. De forma bastante clara, o autor, em entendimento contrário ao nosso, defendeu o registro de nascimento com o nome dos dois pais e da mãe, visando resguardar a prevalência da paternidade sócio-afetiva.

O debate acerca de temas polêmicos só tem a contribuir para o enriquecimento das discussões, promovendo, como consectário lógico, o desenvolvimento de teses jurídicas mais fundamentadas e justas. De nada adiantaria a Ciência Jurídica enquanto incapaz de solucionar as injustiças da sociedade.

Enfim, passamos à análise do tema.

Escrevi isto no artigo anterior e aqui repito: não sou contrário à paternidade sócio-afetiva. Apresento, preliminarmente, minhas considerações sobre o tema.

Pai e genitor são figuras distintas.

Ser genitor, ao que nos parece, é mais simples do que ser pai; é tão simplória tal figura que remonta à naturalidade do ser humano. Sim, porque para um homem ser genitor basta manter relação sexual com uma mulher fértil e pronto: pode nascer, daí, o fruto da relação sexual. Observe-se que para ser genitor bastam alguns minutos, ou até segundos!

Genitor, em princípio, é apenas o pai biológico. Para nós, a paternidade não se resume à contribuição de material genético para a formação da criança.

Ser pai é muito diferente do que ser genitor. Ou melhor, o conceito daquele é mais amplo do que deste último.

Nesse espeque, pai é aquele que, além de ser genitor, vê o seu filho como filho, e não apenas como fruto de uma relação sexual com uma determinada mulher. Pai é aquele que cuida, educa, ensina, orienta, dá amor e carinho, brinca, leva à escola, etc. São tantas as "atribuições" de um pai que eu não seria capaz, aqui, de enumerá-las. Ser pai requer atenção e dedicação constantes; o pai tem preocupação com o filho, com seu desenvolvimento, com sua saúde, com sua vida.

Aquele que não reconhece um filho oriundo de relação extramatrimonial é pai? Aquele homem que comparece apenas no ato sexual e desaparece quando da notícia que aquela mulher com que tivera relação sexual está grávida, é pai? Aquele que abandona a mulher e seu filho, nem mesmo sabendo quem o seja e, anos depois, reaparece, é pai?

Não, claro que não. Este é apenas um genitor.

E aquele que cumpre com todas as "obrigações" de um verdadeiro pai, mas não o é biologicamente, deixará de ser pai sócio-afetivo? A presença ou não de seu nome no registro de nascimento impedirá de realizar e viver todas aquelas situações antes enumeradas? Não, claro que não. O que liga este pai ao filho é o sentimento paternal e não o registro de nascimento.

Sabemos que existem muitos pais sócio-afetivos que não figuram no respectivo registro de seus filhos, fato este que não impede nem contradiz a relação existente entre eles.

No caso em comento, como dissemos, esse novo arranjo familiar – dois pais, uma mãe e uma criança – não estará impedido de assim conviver.

Reconhecemos a paternidade sócio-afetiva, no caso em tela, daquele que não é o pai biológico. E não queremos desconsiderá-la. Todavia, deverá o registro de nascimento da criança com o nome do pai biológico, após a realização de exame de DNA.

No caso apresentado na novela, dois homens são os supostos pais biológicos da criança. Não realizar o exame de DNA e definir a paternidade biológica, com o conseqüente registro, não faz qualquer sentido. A contrariedade da mãe em promover a Ação Investigatória de Paternidade, ante ao consenso dois supostos pais em não realizar o exame de DNA, em nada colaborará para a proteção da criança.

Urge salientar que o registro assim promovido não prejudicará a paternidade sócio-afetiva daquele "outro pai". Afinal de contas, o verdadeiro pai sócio-afetivo, acreditamos, não deve se preocupar com o registro; não deve se ater simplesmente às formalidades legais. Esta paternidade presume amor, carinho, afeto, criação, convivência com a criança. E isto o registro não pode conferir e nem possui a idoneidade para extinguir.

O ilustre civilista Sílvio de Salvo Venosa parece concordar com nosso entendimento, ao explicar o que entende por paternidade sócio-afetiva:

"Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada sócioafetiva, pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. **A matéria é muito mais sociológica e psicológica do que jurídica**". (grifo nosso). *In* Direito Civil. Direito de família. V. 6, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Vejamos, ainda, uma esclarecedora decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo.

Peculiaridades.

- A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas

judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros**.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à **identidade biológica e pessoal.**

- **Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.**

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. **Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.**

- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, **deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.**

Recurso especial provido. (grifo nosso)

(REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.05.2007, DJ 04.06.2007 p. 347)

Tal decisão coaduna-se com o nosso entendimento. A criança tem o direito de ter reconhecida sua identidade biológica e não seria a existência de uma paternidade sócio-

afetiva a retirar tal direito. Esta poderá prevalecer, sim, em alguns casos, à paternidade biológica. Mas é possível a coexistência de ambas, embora no registro conste apenas o nome do pai biológico.

Como dissemos em nosso livro "A alteração do registro civil em face da cirurgia de redesignação sexual", Templo Editora, 2008, "as leis devem evoluir com a sociedade, e sua interpretação deve propiciar a solução dos conflitos gerados por novas tecnologias e pelo desenvolvimento social. O direito não deve engessar o desenvolvimento da sociedade; ao contrário, deve evolver para atender aos seus anseios".

Contudo, no caso em apreço, embora inexista regulamentação específica, a paternidade sócio-afetiva não deixará de existir.

É certo que o ordenamento jurídico deve evoluir conforme aos avanços da sociedade, a fim de resguardar e proteger, de forma justa, os interesses dos cidadãos. Entretanto, é de bom alvitre ressaltar, novamente, que não será o registro, digamos, da forma tradicional, que fulminará a paternidade sócio-afetiva daquele "outro pai" senão o biológico.

Dessa forma, não é pertinente a alegação de que o direito, neste caso, não cumpriria o seu papel ao não permitir o registro de nascimento com o nome de dois pais. Assim posicionou-se o articulista Marcelo Moura da Conceição, aduzindo que, somente sendo o registro assim promovido (com o nome de dois pais), "o direito bem cumpre seu papel de pacificação social, moldado para a realidade que nos cerca". Não é assim porque essa realidade continuará a existir, a paternidade sócio-afetiva não se extinguirá. Acreditamos, no entanto, que esta independe de registro; depende, na realidade, do vínculo afetivo e sentimental.

Em seu texto, ainda, o articulista Marcelo Moura da Conceição salientou que o registro de dois pais e uma mãe melhor representaria a realidade e ainda poderia contribuir para uma melhor situação afetiva e financeira do menor.

Data venia, mais uma vez não podemos concordar.

Deveras, o fato de espelhar a realidade daquele núcleo familiar, num primeiro momento, afigura-se como uma tese interessante. Até porque este é o maior escopo dos registros públicos, que devem espelhar a realidade dos dados existentes no momento do ato.

No entanto, a realidade não se resume à existência de dois pais sócio-afetivos, mas sim à existência de um pai biológico - que também é pai sócio-afetivo -, e outro pai sócio-afetivo.

No que tange à situação afetiva e financeira da criança, devemos ter em mente que não será o registro capaz de promover o sentimento paterno entre o pai sócio-afetivo e seu filho. E muito menos vinculará a prestação financeira à presença de seu nome com pai da criança em seu registro de nascimento. Quantos pais biológicos, constantes no registro, não pagam pensão alimentícia?

A figura em destaque, para nós, é o menor. Ele tem o direito de conhecer sua paternidade biológica e não seria a simples vontade dos "dois pais" e da mãe que jogaria por terra esse direito reconhecido pelos tribunais pátrios. Além do mais, posteriormente, a harmonia desse novo arranjo familiar poderia acabar e quem sofrerá – sem saber sua origem genética – será o menor.

Pó isso, repetimos, não querendo a mãe ingressar com Ação de Investigação de Paternidade, em face dos dois supostos pais biológicos, tal incumbência caberia ao Ministério Público, com fulcro no artigo 2º, §4º, da Lei 8.560/92.

Face to ao exposto, entendemos que o registro de uma paternidade sócio-afetiva não é condição *sine qua non* para sua existência. Afirmamos, novamente, que dever-se-á promover o registro de nascimento da criança de modo a figurar o nome de seu pai biológico – após realização de exame de DNA. E isso não fulminará a existência da paternidade sócio-afetiva daquele outro pai que não figurará no registro, porque esta tem como fundamento basilar a presença de aspectos sentimentais e não o registro de nascimento.

* Rafael D'Ávila Barros Pereira - Advogado em Juiz de Fora, Pós-Graduando em Direito Constitucional.

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11189
Acesso em: 25 de abril de 2008.