

DES BIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Separata de Revista da Faculdade de Direito [da]
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,
ano XXVII, nº 21 (nova fase), maio 1979.

BELO HORIZONTE

1979

Desbiologização da Paternidade*

JOAO BAPTISTA VILLELA **

SUMARIO: 1 — A paternidade entre a natureza e a cultura. 2 — Procriação e paternidade, categorias distintas. 3 — O *quid* da paternidade. 4 — Visão biológica da paternidade e apelo à sua transcendência. 5 — A paternidade e a *nova família*. 6 — Desbiologização da paternidade: fato e vocação.

RESUMO: *A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na idéia de liberdade.*

DESENVOLVIMENTO

1 — A PATERNIDADE ENTRE A NATUREZA E A CULTURA

Terá sido a precedência histórica da natureza sobre a cultura que fez da paternidade, desde os tempos mais remotos, um conceito primária quando não prevalentemente biológico.

* Conferência pronunciada a 9 de maio de 1979 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em Curso de Extensão sobre o Direito do Menor. O texto original foi revisto pelo A.

** Professor na Universidade Federal de Minas Gerais.

Dominado de poderosa carga instintiva, rendido ante o mistério da geração, haveria o homem primitivo de reconhecer na vida humana que surgia, pequena e contudo promissora, a mais pessoal e desconcertante expressão do determinismo que lhe povoava o mundo. Tal é, sem grandes riscos de erro, a retrovisão que se pode ganhar daquele fundamental instante em que o homem correlacionou o nascimento de uma vida nova com o desempenho anterior da atividade sexual.

E se a história da cultura é, em larga medida, a história da superação dos determinismos, convém não esquecer que é também, talvez de modo mais profundo e mais extenso, a história das técnicas de com eles se compor. A composição se processa em dois níveis: no da matéria, como quando, por exemplo, o homem, ao invés de se abrigar da chuva ou do sol, utiliza-os para fazer crescer as suas sementes, e no nível do espírito, como quando se estabelecem regras sociais e valores sobre fenômenos da causalidade física.

A paternidade, como conceito, poderia ter-se formado nessa linha de acomodação, que, partindo do fato biológico, então incontrolável, chegava aos rudimentares predicamentos sociais, jurídicos e religiosos, que lhe garantiam um lugar ao sol no incipiente *thesaurus* da cultura.

A origem radicaria, assim, em pura base biológica. Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos. É bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não. Tanto mais evidente se torna assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e o que é fato da natureza. O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição. Insista-se, porém: a linha de fenômenos que vai desde a concepção até o nasci-

mento não tem característica propriamente humana, no rigoroso sentido do termo, isto é, não constitui manifestação de liberdade.

2 — PROcriação E PATERNIDADE, CATEGORIAS DISTINTAS

Se o direito valora a conduta humana e, portanto, se funda na liberdade, haveria que bem extremar aqui os domínios da causalidade material e da autodeterminação, para o fim de se estabelecer uma justa resposta aos movimentos da vontade. É talvez a falta desse procedimento lógico o que explica, pelo menos em parte, o tributo que a sociedade vem pagando a um insidioso equívoco que se abriga na chamada *investigação de paternidade*.

A coabitação sexual entre o homem e a mulher, sob determinadas circunstâncias, pode dar origem a um novo ser humano, matéria em si de altíssima relevância. Como a gravidez é um fenômeno feminino e ostensivo, a responsabilidade social da mulher pela procriação sempre esteve razoavelmente acautelada. A do homem, cuja participação não deixava vestígios seguros, apenas estaria, caso o associasse à mulher o vínculo de justas núpcias. Do contrário, tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção da impunidade masculina. O mais iníquo ingrediente desse minado campo de provas era a chamada *exceptio plurium concumbentium*. Ou seja: a exclusão da responsabilidade ao fundamento de ter a mãe coabitado com outros homens no tempo presumível da concepção. A simples possibilidade de o filho provir de outrem criava para todos a exoneração de qualquer responsabilidade. O *non liquet* importava assim numa espécie de absolvição prévia, geral e indeterminada: no fundo, uma extensão bem cínica do princípio *in dubio pro reo*, da qual a grande vítima, vê-se logo, era a prostituta. Paradoxalmente, ali onde havia muitos para responder e onde a necessidade econômica e social devia ser mais aguda, não se tinha como alcançar quem pagasse pelo fato.

Foi, entretanto, curiosamente, nos quadros da decadência teórica da *exceptio plurium concumbentium* que se pôde melhor precisar a natureza das responsabilidades, que se achavam então envolvidas. Uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato da coabitação sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade. Nesse particular é altamente significativo o surgimento no direito francês moderno da chamada *ação para fins de subsídios*¹. Segundo esta construção, nos exatos termos da lei, “todo descendente natural, cuja filiação paterna não esteja legalmente estabelecida, pode reclamar subsídios daquele que manteve relações sexuais com sua mãe durante o período legal da concepção” (Cód. Civ. Fr., art. 342). E se, ao invés de um, forem vários os que mantiveram relações sexuais com a mãe? Não há dúvida: todos ou alguns, desde que não excluam a paternidade biológica ou não provem a incontinência sexual da mãe, serão condenados à prestação dos alimentos previstos em lei, encargo, de resto, que se transmite aos herdeiros do devedor e pode ir além da maioridade do requerente. Querem alguns que surge daí, então, uma extravagante possibilidade: diversos pais-varões para uma só pessoa. Situação verdadeiramente desconcertante, se se quiser ver a responsabilidade indenizatória fundada diretamente nos liames biológicos da reprodução ou extrair a apressada inferência de que é o dever alimentar que define a paternidade. Nesta perspectiva se situam os irônicos comentários de MAZEAUD, estando ainda a solução em nível de projeto:

“A jurisprudência tinha criado, em matéria de acidentes, a noção de falta virtual; o projeto quer estabelecer a da paternidade virtual! Nosso direito conhecia a copropriedade; o projeto pretende estabelecer a copaternidade de fato”².

1. Cf. art. 342 e seguintes do Cód. Civ. Fr., com o novo conteúdo que lhes deu a Lei nº 72-3, de 03.01.1972.

2. MAZEAUD, Henri. Une famille “dans le vent”: la famille hors mariage (Le projet de loi relatif à la filiation). *Recueil Dalloz Sirey*. Chr., Paris, 28.04.1971, p. 101.

Sobre o mesmo tema publicou ERNST MEZGER o ano passado na Alemanha, seis anos decorridos da promulgação da lei francesa, trabalho cujo título, entre malicioso e fascinado, tirando, quem sabe, para o perplexo, não esconde o impacto da solução: “Das Kind mit den zwei Vätern, eine Erfindung des französischen Kindschaftsrechts von 1972” (“O Filho com dois Pais-Varões, uma Descoberta do Direito Francês da Filiação de 1972”)³.

Exótica que possa parecer à ortodoxia jurídica centrada na verdade biológica, a criação francesa é de elementar compreensão e visa simplesmente a impedir, por uma indevida aplicação da *exceptio plurium*, que fique ao desamparo o descendente cuja mãe tenha freqüentado sexualmente mais de um homem ao tempo da concepção. A aparente desconexidade da medida resulta de seu enquadramento fora do âmbito da responsabilidade civil, que é a sua *sedes* adequada.

Há entre a investigação de paternidade e a ação para fins de subsídios, como notam DAGOT e SPITERI, “uma profunda diferença”. E explicam: “Não se trata aqui de provar a *paternidade* do réu; trata-se simplesmente de exercitar sua *responsabilidade*. Mantendo relações com a mãe no momento da concepção, ele assumiu o risco de ser o pai. Daí resulta então um certo caráter *indenizatório* da ação para fins de subsídios. É por isso que o art. 342-3 utiliza o termo *indenização*. Já se criticou essa medida, que, entretanto, se justifica pelo fato de que, na ausência de presunção de paternidade, como na filiação legítima, e na ausência de prova da paternidade, sendo a hipótese a de que vários homens tiveram relações com a mãe no período da concepção, é muito difícil saber quem é verdadeiramente o pai. Convém, pois, vir, por outro caminho, em socorro do filho. O tribunal tem, assim, a faculdade de

3. In: HELDRICH, Andreas et alii (Hrsg.). *Konflikt und Ordnung: Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*. München, C.H. Beck, 1978.

pôr a cargo dos réus uma indenização destinada a assegurar a manutenção e a educação do filho”⁴.

O direito alemão não conhece a possibilidade de *dupla paternidade*, mas desenvolveu, talvez como nenhum outro, o conceito de uma paternidade exclusivamente patrimonial, ali chamada expressivamente de *Zahlvaterschaft* ou *Giltvaterschaft*. *Zahlvaterschaft* contém em si, agregada à de paternidade, a idéia do verbo *zahlen*, que significa *pagar*, e *Giltvaterschaft* traduz a do verbo *gelten*, *valer*, em mesma associação. Portanto: *Zahlvaterschaft* ou *Giltvaterschaft* querem dizer uma *como que* paternidade econômica; uma paternidade só para certos fins ou um estado que *vale* como paternidade, sem o ser efetivamente. A estes conceitos se opõe a *Istvaterschaft*, ou seja, a paternidade *tout court*: de *ist*, do verbo *essen*, *ser*. Logo: uma paternidade não limitada a tais ou quais fins, mas uma paternidade que simplesmente o é.

Em que pese ao título do citado trabalho de MEZGER, a solução do direito francês na verdade não é nova. FLATTET recorda que certos direitos cantonais, antes que entrasse em vigor no ano 1912 o Código Civil Suíço, de âmbito federal, estabeleciam a responsabilidade solidária de todos os homens que houvessem coabitado com a mãe à época da concepção⁵. E HANS FEHR, em alentado estudo sobre a posição jurídica da mulher e dos filhos nos direitos comunais, faz, por outro lado, esta curiosa verificação: enquanto, de uma parte, não foi possível identificar, diretamente, qualquer responsabilidade alimentar por parte da mãe em relação ao filho bastardo, fontes suíças e austríacas constrangiam energicamente o pai, que não era absolutamente considerado sequer seu parente, à obrigação de sustentá-lo. Recorda FEHR que, “segundo os Estatutos de Malans e de Bergün, o pai do bastardo devia contribuir com dois terços e a mãe com um terço para a sua manutenção.

4. DAGOT, Michel & SPITERI, Pierre. *Le nouveau droit de la filiation: Loi du 3 janvier 1972*. Paris, Libr. Techniques, 1972, p. 65-6.

5. FLATTET, Guy. *Le nouveau droit suisse de la filiation. Revue internationale de droit comparé*. Paris, oct.-déc. 1977, p. 683.

O Código de Obwalden determina que o pai deva educar seus filhos ilegítimos como um outro pai educaria os legítimos”. Tão manifestamente fora dos quadros da verdadeira paternidade a matéria se colocava que, em se tratando de atos delituais, pelo chamado Código de Rheingau respondia notoriamente o lado da mãe, a qual era parente, e não o do pai, este, em rigor, juridicamente um estranho no direito daquelas fontes: “Was ein bastard verbricht, das gelden die magen der mutter und nicht des vaters”⁶.

Como explicar, há bons séculos passados, essa responsabilidade econômica do pai biológico, expressamente excluído de qualquer vínculo de parentesco com o filho que não descendesse de justas núpcias? Não estão aí claramente delimitadas a responsabilidade civil pela geração — resolúvel em prestações de natureza econômica — e a responsabilidade social, decorrente do *status* de pai?

A independência entre a linha jurídica e a biológica em matéria de paternidade deixa-se também surpreender pela abordagem inversa. São inúmeras as situações previstas em lei, nas quais a paternidade é atribuída a quem bem pode não ser o pai biológico ou a quem manifestamente não o é. Recorde-se a presunção de legitimidade da prole nascida de mulher casada, admitida nos arts. 339 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Aqui a lei não favorece em nada a verdade biológica. Quer, antes, o favor da legitimidade, em cujo benefício sacrifica a apuração da primeira. Recorde-se o instituto universal da tutela, que, embora não constituindo propriamente uma espécie de paternidade, participa estruturalmente de seu caráter. E recorde-se, sobretudo, os institutos da adoção e da legitimação adotiva, cuja evolução mais recente, tomados em seu conjunto, está fortemente marcada pelos propósitos de crescente assimi-

6. *Die Rechtsstellung der Frau under der Kinder in den Weistümern*. Jena, G. Fischer, 1912, S. 271. Os termos “was ein bastard...”, do Código de Rheingau, exprimem, em alemão arcaico, a idéia de que, pelos atos delituais do filho bastardo, respondem os parentes da mãe e não os do pai.

lação com a paternidade de origem biológica: progressiva redução da idade mínima para adotar; favorecimento da adoção por casais; redução da idade mínima para ser adotado, a que se liga, em natural desdobramento, a sugestão de se admitir o assentimento pré-natal à adoção⁷; completa extinção do parentesco anterior do adotado e sua integral inserção jurídica na nova família, cujos vínculos parentais passa a assumir, tal como ocorre na República Federal da Alemanha, a partir de 1977⁸. Tudo isso talvez se pudesse resumir na tendência, historicamente verificável, em se levar às últimas conseqüências a velha máxima *adoptio naturam imitatur*.

§ — O QUID DA PATERNIDADE

Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica?

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade

7. O assentimento pré-natal à adoção foi introduzido na legislação brasileira pela Lei nº 3.133, de 08.05.1957. Trata-se de alteração profunda na economia do sistema de adoção e da qual, entre nós, talvez não se tenha ainda a devida consciência. Quase duas décadas depois, BOSCH, na Alemanha, destacava a eficácia da medida na prevenção do aborto e se opunha a argumentos contra ela deduzidos: cf. BOSCH, F.W. Neues deutsches Familienrecht 1976/1977. In: BOSCH, F.W. & SCHWAB, D. (Hrsg.). *Familienrecht 1976/77*. Bielefeld, Giesecking, 1977 (Vorw.), S. 7-8. A Lei de Adoção da República Federal da Alemanha de 02.07.1976, entretanto, não acolheu o assentimento pré-natal, mas reduziu de 3 meses para 8 semanas o período de bloqueio (*Sperrfrist*) para consentir na adoção, contado do nascimento do adotando: cp. BGB, § 1747, II, antigo e BGB, § 1747, III, com o novo conteúdo que lhe deu a Lei de Adoção, citada.

8. Novo regime implantado com a Lei de Adoção, citada (cf. especialmente BGB, §§ 1754 a 1757), a qual entrou em vigor em 01.01.1977. Seus antecedentes, entretanto, remontam a mais de meio século: cf. ENGLER, Helmut. Das neue Adoptionsrecht. In: BOSCH, F.W. & SCHWAB, D. (Hrsg.). *Familienrecht 1976/77*. Bielefeld, Giesecking, 1977 (Vorw.), S. 163.

antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Veja-se a célebre sentença de SALOMÃO. Que fez o sábio magistrado para dirimir o conflito das duas mulheres, que se dizendo, cada uma, ser a mãe, pretendiam a guarda da criança? Não recorreu a qualquer critério de natureza biológica. Nada que, sequer de longe, recordasse os sofisticados exames serológicos ou as complexas perícias antropogenéticas, que um juiz tem hoje à disposição. Simplesmente pôs à prova o amor à criança por parte das querelantes. Sua capacidade de renúncia em favor do filho. O dom de si mesmas. Não buscou o lúcido filho de DAVI assentar a verdade biológica, senão, antes, surpreender a capacidade afetiva. Ou seja: fundou-se em nada menos do que naquilo que, em linguagem de hoje, se identifica na Alemanha por *Kindeswohl* e na América do Norte por *the best interest of the child*.

Creio ser correntio ver a sentença de SALOMÃO como prova de uma grande sagacidade. Através de sua encenação, ordenando que se partisse a criança ao meio, estaria o soberano querendo descobrir a mãe biológica, certo de que esta reagiria contra a idéia. Depois de muito refletir sobre essa passagem do 1º Livro dos Reis e de referi-la aos valores fundamentais da paternidade, convenci-me de que tal exegese é inaceitável. Fosse ela correta e SALOMÃO teria sido um rei astuto, dotado, quem sabe, de poderes parapsicológicos, mas não o rei sábio de que fala a Bíblia. Consistisse o seu propósito na atribuição da guarda à mãe carnal e o seu critério teria sido, objetivamente falando, de duvidosa propriedade, pois nem sempre aquela que gera é também a que mais ama. Pode mesmo odiar ao extremo da morte. Se se entender, ao contrário, que deveria ter a guarda aquela que excedesse em amor, tivesse ou não gerado, o critério é, então, realmente perfeito. Expressão, sim, de uma inexcedível sabedoria. Digno de ser tomado como a norma de ouro para todos os tempos e lugares. Ouso, portanto, sustentar que o texto bíblico, na conhecida passagem, não nos

dá nenhuma garantia de que a mãe atendida tenha sido a mãe biológica. Mas nos dá muito mais do que isso. Dá-nos uma admirável e simples lição de maternidade.

Na lenda do círculo de giz, de novo é o triunfo do amor sobre a biologia o que se celebra. Quer na versão de KLABUND⁹, quer na de BRECHT¹⁰, as pretendentes são submetidas a uma prova que efetivamente visa a apurar sua dedicação à criança, mesmo se sob a aparência de um inexorável predeterminismo.

O imperador chinês, na versão de KLABUND, e o juiz caucasiano na de BRECHT, fazem colocar a criança num círculo de giz. Cada uma das pretensas mães deve tomar a criança pelo braço e puxá-la para fora do círculo. As duas ao mesmo tempo. A que o conseguir, revelar-se-á a mãe verdadeira. Assim como no episódio bíblico de SALOMÃO, aqui é a renúncia à lesão do filho que vai indicar à autoridade o deferimento da guarda: à mãe biológica na narração de KLABUND, à mãe social — chamemo-la assim — na de BRECHT.

Parece importante observar que AZDAK, o juiz caucasiano de BRECHT, não ignora que atenta contra o vínculo da consanguinidade. E por que o faz, não obstante? Por que decide confiar o menino a uma simples criada, pobre e inculta, que, na opinião do próprio juiz, não devia saber mais que “vinte” palavras¹¹, ao invés de dá-lo à outra pretendente, pessoa da nobreza e que, além de tudo, o concebeu — para usar as palavras de um dos seus advogados — “no sagrado êxtase do amor”, “carregou-o no seu ventre, alimentou-o com o seu sangue” e “o pariu com dor”¹²?

Vejamos, antes, em resumidas palavras, os antecedentes da questão.

9. Cf. KLABUND. *Der Kreidekreis*. Berlin, I.M. Spaeth, 1925. KLABUND é pseudônimo de ALFRED HENSCHKE.

10. Cf. BRECHT, Bertolt. *Gesammelte Werke*. Bd 5, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1967.

11. Op. cit., S. 2103.

12. Op. cit., S. 2096.

Numa cidade da Grusínia governava um rico senhor, até que, sobrevivendo uma sublevação, é vencido e decapitado. Sua mulher e a criadagem organizam apressadamente a fuga, para não caírem nas mãos dos insurretos. Um incômodo obstáculo se interpõe aos seus planos: MIGUEL, o pequeno filho do Governador deposto, a quem a mãe acaba preterindo aos vestidos que deseja, a todo custo, meter na carruagem. GRUSCHE, uma criada, se compadece do menino, resiste aos apelos instintivos para também fugir e, enfrentando perigos, fome e frio, assume-lhe decididamente a proteção. Refugia-se nas montanhas, onde sofre vergonha e, de novo, privações. Uma reviravolta política e o Grão-Duque, então afastado do poder, recupera-o. A antiga ordem se restabelece. O pequeno MIGUEL é localizado, retirado de GRUSCHE e levado ao Tribunal, para que este lhe decida o futuro. Nos debates do Tribunal, percebe-se que a recuperação da criança é condição para que a mulher do Governador entre na posse da considerável riqueza da família.

A prova é, então, preparada. O menino é levado para o círculo de giz e, nesse momento, sorri para GRUSCHE. Convocadas pelo Juiz, as litigantes tomam posição. GRUSCHE acaba por soltar a criança, que a mulher do Governador, ao contrário, puxa para si. Expressões de vitória. Mas o Juiz manda repetir a prova. E GRUSCHE, mais uma vez, solta o menino. Desesperada, vira-se para o Juiz e exclama: “Eu o criei! Devo agora machucá-lo? Não posso fazê-lo”. Ato contínuo, AZDAK, o irreverente juiz, que só se utilizava do Código para sobre ele se assentar, levanta-se e sentencia: “O Tribunal está convencido de quem seja a verdadeira mãe”. E, voltando-se para GRUSCHE: “Toma o teu filho e leva-o”¹³.

O sorriso que a criança dirigiu a GRUSCHE é sintomático e de nenhum modo irrelevante para a conclusão. Exprime, no contexto, uma ligação de confiança e ternura, ingrediente fundamental de uma verdadeira paternidade. Ali, era o fruto maduro de uma convivência plantada no solo fértil do amor

13. Op. cit., S. 2104.

e que, muito significativamente, deslocava as frias pretensões da consangüinidade. Foi justamente em referência aos limites da verdade biológica, de resto, nem sempre acessível, que CORNU observou:

“Afinal a vida passa. A filiação não é apenas o nascimento; a família não é apenas o sangue, mas crescer, viver, envelhecer juntos”¹⁴.

Voltando às perguntas sobre a motivação de AZDAK, talvez nos baste recordar, sem muitas tematizações, este breve comentário de HEGNAUER:

“Ele violentou conscientemente a lei. Entretanto, sentimos que a sua sentença é justa”¹⁵.

A moral de BRECHT, na voz do cantor-cronista da peça, é, mais uma vez, a ratificação do primado da criança sobre os direitos do sangue, e afirma também, em engenhosa aplicação extensiva, a função social da propriedade. Ei-la, agora em feliz tradução de GEIR CAMPOS:

“.....
as coisas devem antes pertencer
a quem cuidar bem delas,
as crianças às mulheres mais ternas
para crescerem belas,
a carruagem ao melhor cocheiro
para bem viajar,
e o vale aos que o souberem irrigar
para bons frutos dar”¹⁶.

14. CORNU, Gérard. La filiation. *Archives de philosophie du droit*. Paris, nº 20, 1975, p. 36.

15. HEGNAUER, Cyril. Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Basel, 90 (N.F.), 1971, S. 6.

16. BRECHT, Bertolt. *Teatro de Bertolt Brecht*. V. 3, trad. de Geir Campos, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1977, p. 127.

4 — VISÃO BIOLÓGICA DA PATERNIDADE E APELO À SUA TRANSCENDÊNCIA

O apelo à transcendência do conteúdo biológico da paternidade se manifesta também, sutil e expressivo, quando os liames do sangue parecem insuficientes a assumir um relacionamento mais profundo entre pais e filhos, como nestes belos versos do compositor SERGIO BITTENCOURT:

“Naquela mesa ele juntava gente
E contava contente o que fez de manhã
E nos seus olhos era tanto brilho
Que mais que seu filho eu fiquei seu fã”¹⁷.

A filiação aqui se arruma por inteiro nos quadros do determinismo biológico. É, portanto, essencialmente estática, acabada e fechada sobre si mesma. Não contém nem pode conter qualquer potencialidade compreensiva de um natural sentimento de admiração. Por isso o filho tem que ser *mais alguma coisa*, ao invés de ser simplesmente *mais filho*.

5 — A PATERNIDADE E A NOVA FAMÍLIA

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica. O controle da natalidade, tornado possível graças ao melhor conhecimento da fisiologia da reprodução, permitiu separar a atividade sexual do fenômeno procriativo. O impacto dessa

17. Naquela mesa. *O Violão e os Sucessos*. Belo Horizonte, nº 11, [s.d.], p. s/nº.

ruptura sobre as ciências do comportamento talvez só encontre equivalente, dentro da cultura contemporânea, ao produzido pela fissão nuclear nas ciências da natureza.

É aqui, sobretudo, que cumpre estimar a importância do chamado *bebê de proveta*. Como proeza tecnológica, o fenômeno não será mais espetacular que muitos outros a que assistimos a intervalos cada vez mais curtos. Mas como corte profundo na continuidade sexo-reprodução, pode estar significando um largo passo no rumo de novas e insuspeitadas liberdades. A possibilidade de obter gratificação sexual sem os riscos da gravidez e, já agora, a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, com a fecundação *in vitro*, tenderão a fazer da paternidade rigorosamente um ato de opção. Antes, não se podia ter o sexo sem aceitar, ao menos eventualmente, os ônus da paternidade. Possível um sem os outros, a escolha se depura, aperfeiçoa-se e cresce em legitimidade. Efetivamente: quanto mais se enfraquecem as relações entre as duas distintas responsabilidades a que se tem aqui referido, tanto mais caminha a condição de pai do signo da necessidade para o da autonomia.

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo.

Especulações de um futuro remoto?

Não: cortes de um processo que começou e vai adiantado. Quem de nós, por exemplo, consideraria pai das crianças nascidas por fecundação artificial o remunerado fornecedor de espermas, longo tempo estocados em bancos de inseminação? E quem de nós negaria tal condição àquele ou àquela que, sem qualquer participação procriativa, empenha a sua vida só para fazer sorrir uma criança? Quem se lembrou de censurar o jornal *O Globo* porque elegeu mãe do ano, em 1973, uma certa

Irmã GERTRUDES, freira que havia dedicado 70 de seus então 90 anos de idade "a crianças abandonadas"¹⁸?

O equívoco a que antes me referia, a propósito da investigação de paternidade, está, pois, em não se distinguir que posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta — seja esta o descumprimento de um contrato, a prática de um ilícito ou o exercício de uma atividade potencialmente onerosa, como o ato idôneo à procriação — mas não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria idéia de paternidade. Tem tanto esta de autodoação, de gratuidade, de engajamento íntimo, que não é susceptível de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. Um ser com todos os vícios e crimes, mas que aceite verdadeiramente a paternidade, é preferível àquele que a recuse, ornado embora de todos os méritos e virtudes, se se tomar como critério o bem da criança. Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas.

Irrespondível é a lição de HEGNAUER, quando ensina que não é "a voz mítica do sangue" que indica à criança quem são seus pais, "senão o amor e o cuidado, que a conduzem do desvalimento para a autonomia"¹⁹.

O conceito mesmo de nascimento já não se contém nos estritos limites da fisiologia e reclama um enfoque mais abran-

18. *O Globo*, Rio de Janeiro, 13.05.1973, p. 1 e 3.

19. Op. cit., S. 16.

gente, por modo a alcançar, para além da emigração do ventre materno, todo o complexo e continuado fenómeno de formação e amadurecimento da personalidade. Em outros termos: há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade. É ainda de HEGNAUER a observação de que gerar e dar à luz são apenas o componente físico do que ela chama *Menschwerdung*, isto é, o processo de se tornar pessoa humana²⁰, palavra que na língua alemã significa também a encarnação do Verbo²¹.

GOLDSTEIN, ANNA FREUD e SOLNIT, na mesma linha registram que “para a criança mesma os fatos físicos da geração e parto não conduzem diretamente a um vínculo com os pais. Suas relações de sentimento surgem com base na satisfação de suas necessidades por alimento, cuidados, simpatia e estímulos. Somente quando são os próprios pais biológicos que atendem a esses desejos, a relação biológica determina uma psicológica, na qual a criança possa se sentir segura, apreciada e desejada”. E arrematam categóricos: “Pais biológicos que não estabelecem esse vínculo ou que não vivem em comunidade com a criança são, para os sentimentos desta, nada mais que estranhos”²².

6 — DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE: FATO E VOCAÇÃO

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo

20. Op. cit., S. 16.

21. Cf. WAHRIG, Gerhard. *Deutsches Wörterbuch*. Gütersloh, Bertelsmann Lexikon-Verl., 1970 (Copr.), Stichw. *Menschwerdung*.

22. GOLDSTEIN, Joseph et alii. *Jenseits des Kindeswohls*. Übers. von Anna Freud u. Reinhard Herborth, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1974, S. 22-3.

atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. Explico-me. Por que não acolher, adotar, tomar em legitimação adotiva, ou em outras formas possíveis e imagináveis de ajuda, tantas crianças carentes, ao invés de manter represado o impulso da paternidade ou pôr mais vidas num mundo superpovoado e competitivo?

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”²³. Suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal da paternidade no Novo Testamento é sobretudo eletivo. O Antigo Testamento é, num certo sentido, o Gênesis e sua extensão: a formação do universo e a do povo de Israel. O seu Deus se revela, assim, por excelência, o Deus criador. Poderoso e distante. Forte e temido. Feito carne, assume a dor do mundo e se faz, de novo, pai. Não por dever ou direito de criação, mas por ato gratuito de amor. Eu diria que o Antigo Testamento corresponde à proposta biológica de que falei. Não nos esqueçamos, contudo, de que não foi senão com a sua livre aceitação que o mundo conheceu a mais radical experiência de paternidade.

23. Jo., 15, 16.

RÉSUMÉ: La paternité elle-même n'est pas un fait de la nature, mais un fait culturel. Quoique la cohabitation sexuelle, d'où puisse résulter la grossesse, soit source de responsabilité civile, la paternité en tant que telle naît seulement d'une décision spontanée. Tant dans le registre historique que dans le registre tendanciel, la paternité réside plutôt dans le service et l'amour que dans la procréation. Les transformations plus récentes par lesquelles a passé la famille, en cessant d'être une unité à caractère économique, social et religieux pour s'affirmer fondamentalement comme un groupe d'affectivité et de compagnonnage, ont considérablement vidé de sa substance biologique la paternité. Dans l'adoption, par son contenu électif, on a la préfiguration de la paternité de l'avenir, laquelle repose essentiellement sur l'idée de liberté.

SYNOPSIS: Parenthood itself is not a fact of nature but a cultural deed. Though sexual intercourse, from which pregnancy could result, is a source of civil responsibility, parenthood as such stems only from a spontaneous decision. Both historical evidence and analysis of present trends point out that parenthood consists in service and love rather than in procreation. The latest changes undergone by the family, no more a unit of economic, social and religious character, nay, basically a group of affection and companionship, have contributed considerably to the ebb of parenthood seen from a biological point of view. On account of its elective contents, adoption is the forerunner of parenthood as it will be tomorrow — essentially rooted in the idea of freedom.

ZUSAMMENFASSUNG: Die Elternschaft als solche ist kein Naturereignis, sondern eine Tat der Kultur. Obwohl der Beischlaf, vom dem Schwangerschaft entstehen kann, eine Quelle der Haftung ist, tritt die Elternschaft an und für sich erst durch eine freiwillige Entscheidung ins Dasein. Sowohl unter der historischen Feststellung als auch unter dem Gesichtswinkel der Tendenz beruht die Elternschaft vielmehr auf Fürsorge und Liebe als auf Erzeugung. Die letzteren Wandlungen der Familie, die aufhört, eine ökonomisch-, sozial- und religiösartige Einheit zu sein, um sich grundlegend als Gruppe der Gemütsstimmung und Kameradschaft zu erweisen, haben beträchtlich dazu beigetragen, die Elternschaft von ihrem biologischen Inhalt zu entleeren. In der Adoption, dank ihrem Unverbindlichkeitsstoff, ist die Vorgestalt der zukünftigen Elternschaft anzusehen, die sich wesentlich auf die Idee der Freiheit stützt.

BIBLIOGRAFIA

- Bíblia Sagrada*. Trad. e anot. por Matos Soares, 7ª ed., São Paulo (impr.), Ed. Paulinas, 1956 (impr.).
- BITENCOURT, Sergio. Naquela mesa. *O Violão e os Sucessos*. Belo Horizonte, nº 11, [s.d].
- BOSCH, F.W. Neues deutsches Familienrecht. In: BOSCH, F.W. & SCHWAB, D. (Hrsg.). *Familienrecht 1976/77*. Bielefeld, Giesecking, 1977 (Vorw.).
- BRECHT, Bertolt. *Gesammelte Werke*. Bd 5, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1967.
- BRECHT, Bertolt. *Teatro de Bertolt Brecht*. V. 3, trad. de Geir Campos, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1977.
- CORNU, Gérard. La filiation. *Archives de philosophie du droit*. Paris, nº 20, 1975.
- DAGOT, Michel & SPITERI, Pierre. *Le nouveau droit de la filiation: Loi du 3 janvier 1972*. Paris, Libr. Techniques, 1972.
- ENGLER, Helmut. Das neue Adoptionsrecht. In: BOSCH, F.W. & SCHWAB, D. (Hrsg.). *Familienrecht 1976/77*. Bielefeld, Giesecking, 1977 (Vorw.).
- FEHR, Hans. *Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern*. Jena, G. Fischer, 1912.
- FLATTET, Guy. Le nouveau droit suisse de la filiation. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, oct.-déc. 1977.
- GOLDSTEIN, Joseph et alii. *Jenseits des Kindeswohls*. Übers. von Anna Freud u. Reinhard Herborth, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1974.
- HEGNAUER, Cyril. Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Basel, 90 (N.F.), 1971.
- KLABUND. *Der Kreidekreis*. Berlin, I.M. Spaeth, 1925.
- MAZEAUD, Henri. Une famille "dans le vent": la famille hors mariage (Le projet relatif à la filiation). *Recueil Dalloz Sirey*. Chr., Paris, 28.04.1971.
- MEZGER, Ernst. Das Kind mit den zwei Vätern, eine Erfindung des französischen Kindschaftsrechts von 1972. In: HELDRICH, Andreas et alii (Hrsg.). *Konflikt und Ordnung: Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*. München, C.H. Beck, 1978.
- O Globo*. Rio de Janeiro, 13.05.1973.
- WAHRIG, Gerhard. *Deutsches Wörterbuch*. Gütersloh, Bertelsmann Lexikon-Verl., 1970 (Copr.).