

Pais são quem criam: Uma abordagem sobre as parentalidades afetiva e biológicaⁱ.

Há algum tempo que o conceito de família se ampliou. Hoje não se tem apenas a família patriarcal, constituída pelo casamento, em que o pai era o chefe, e o interesse comum da família se sobrepunha aos interesses particulares de seus componentes.

Desde a promulgação da nossa Constituição Federal em 1988, o conceito de família tomou novos rumos. E foi a partir desse novo conceito que surgiram as diversas formas de famílias. Família mosaico, recompostas de núcleos familiares passados, que por nova união se encontram é um dos exemplos.

Nessa seara familiar vêm às questões a serem expostas neste artigo. Apenas os pais biológicos são pais? E, ainda: os pais socioafetivos, antigamente denominados de criação, não são pais?

As duas questões são incorretas à luz do direito das famílias atualmente. Tanto os pais que geraram, como os pais que criaram são pais. E dessa relação parental surgem efeitos, direitos e obrigações para ambos os lados. No segundo caso, de pais socioafetivos, o afeto entra em jogo e tem tanto poder quanto a carga genética tem para os pais biológicos.

Em recentíssimo julgamento havido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 10ª Câmara de Direito Privado, ao julgar em 09 de agosto do corrente ano, o Agravo de Instrumento nº 2225968-92.2015.8.26.0000¹, entendeu

¹ Agravo de Instrumento nº 2225968-92.2015.8.26.0000 – TJSP – GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE CONCEDEU A GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR EM FAVOR DO AGRAVADO, PAI AFETIVO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MENOR QUE DESDE O SEU NASCIMENTO RESIDIU COM O AGRAVADO E SUA GENITORA. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE, PAI BIOLÓGICO DA CRIANÇA. FALECIMENTO DA GENITORA DO MENOR. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. A paternidade socioafetiva estabelecida entre o agravado e o menor restou comprovada nos autos. O agravado reconheceu tacitamente o menor como seu filho. Essa condição permaneceu durante quase quatro anos, de forma que não há como desconstituir o vínculo paterno, pois ainda que posteriormente a criança tenha passado a residir com seu pai biológico devido ao falecimento de sua genitora, é certo que o agravado conferiu ao menor durante todo esse período tratamento de filho. É certo que o pai biológico, ao que tudo indica, manteve bom convívio com o menor, lhe dispensando carinho, atenção e cuidado. Contudo não há como afastar o laço afetivo mantido entre o menor e o agravado. Durante quase quatro anos o agravado, cônjuge da genitora da criança, dispensou ao menor, diariamente, os cuidados decorrentes do poder familiar. Nesse período foi estabelecida a rotina da criança, a qual, a cada quinze dias, deixava a residência na cidade de São Pedro para conviver com seu pai biológico e retornava ao

que, no caso em exame, a paternidade afetiva devia prevalecer. Foi o pai afetivo (agravado) quem segurou o bebê no seu nascimento e a partir daí participou da vida da criança de todas as formas. O pai afetivo assumiu voluntariamente a função de pai. O agravo de instrumento foi interposto pelo pai biológico, que estava com a guarda provisória do menor, em face da morte da genitora que era casada com o pai afetivo.

Noutra situação, os filhos havidos das “adoções à brasileira” em que as crianças são registradas como se filhos fossem, embora não tenham sido geradas pelos pais registradores, uma vez que são oriundas de partos anônimos e abandonos, também são exemplos de uma filiação baseada no amor e no afeto.

Outro exemplo clássico e emocionante dessa temática vem com os bebês que são trocados nas maternidades, e que anos depois se descobrem. Vem à tona a verdadeira origem. E aí a pergunta: alguém, em sua consciência, duvida que àqueles pais que criaram os bebês trocados, sejam efetivamente seus pais? O amor é incondicional e o afeto se instalou desde o primeiro olhar. Sentimentos que cresceram e se solidificaram, o direito não tem como desconstituir por sentença ou decisão interlocutória.

Nos casos de adoção à brasileira, como nos de troca de bebês em maternidades, ainda não se tem uma legislação específica. Trabalha-se com o princípio do melhor interesse da criança, que vem esculpido no Estatuto da Criança e do Adolescente. Têm-se inúmeras decisões nos Tribunais do País que acolheram pretensões no sentido de admitir que a criança tenha duas mães ou dois pais no seu registro de nascimento, ocorrendo o que se denominou chamar de multiparentalidade.

O mesmo ocorre nas situações de reprodução humana assistida (RHA), em que casais heteroafetivos ou homoafetivos pretendem a parentalidade, também haverá a multiparentalidade, uma vez que o bebê nascido poderá ter no seu registro de nascimento dois pais, ou duas mães, ou uma mãe e dois pais.

No Brasil, o Estado de Pernambuco foi o primeiro a normatizar, através do Provimento nº 21/2015, de 29/10/2015; da Corregedoria-Geral de Justiça. O provimento busca a desburocratização do procedimento registral para os casos de gestação de substituição (gestação por outra pessoa) ou de projetos parentais de casais homoafetivos.

Aguarda-se ainda o julgamento do RE 898.060, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A procuradoria-geral da República se posicionou no sentido de que no direito de família deve prevalecer o princípio da realidade, ou seja, “não é o direito que diz o que é uma família – são as famílias, suas múltiplas configurações, que definem os diferentes modelos – tradicional ou não – ambos de intervenção jurídica em nome de sua proteção”.

O ilustre Procurador-Geral da República complementou que a “multiparentalidade vem a admitir que a realidade dos arranjos familiares pode ser muito mais complexa do que o modelo binário tradicional (...) e eventuais abusos devem ser controlados no caso concreto. Porém, esperar que a realidade familiar se amolde aos desejos de um ideário familiar não é só ingênuo, é inconstitucional”. Assim, opinou pela possibilidade da coexistência dos dois modelos. Até porque a Constituição Federal não impõe qualquer restrição sobre a proteção dos diversos modelos familiares.

Isso apenas representa as mudanças havidas na sociedade, as quais não se podem mais negar. Hoje, as pessoas se casam ou se unem estavelmente por amor e não mais por imposição do chefe da família, para o bem de toda a família. E por isso o Direito das Famílias deve acompanhar essas alterações, a fim de atender e proteger os reflexos que esses novos atos jurídicos produzem e irradiam.

ⁱ Camila Victorazzi Martta, advogada e especialista em Direito de Família e Sucessões. Membro do IBDFAM.