

# FAMÍLIA E PARENTESCO: DIREITO E ANTROPOLOGIA

Laura Souza Lima e Brito

Aluna do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, nível doutorado

FAMILY AND KINSHIP: LAW AND ANTHROPOLOGY

artigo 05

pp. 076 - 092

São Paulo

## RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem comparativa entre o direito e a antropologia acerca da noção de família e de parentesco. Pretende uma valorização do direito de família como ciência social aplicada que se ocupa com a análise e solução de problemas complexos da sociedade ligados à existência da entidade familiar. Para tanto, são analisadas as intensas modificações ocorridas na concepção de família nas últimas décadas, destacadas pela antropologia, ressaltando como as mesmas foram absorvidas pelo direito de família no Brasil. Além disso, destaca-se – tanto para a antropologia quanto para o direito – o aspecto cultural da relação entre parentes, salientando-se a gravidade das repercussões do exame de DNA como prova de laço consanguíneo, mas não necessariamente de laço de parentesco, gravidade esta tão bem pontuada pelo Poder Judiciário brasileiro. Por fim, conclui-se que o direito de família, alinhado à antropologia, deve desenvolver trabalho complementar com a mesma, assumindo-se como *locus* privilegiado da interdisciplinaridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família. Parentesco. Paternidade socioafetiva. Exame de DNA

## ABSTRACT

*This paper presents a comparative approach between law and anthropology about the notion of family and kinship. It intends the appreciation of family law as an applied social science that deals with the analysis and solution of complex problems of society linked to the existence of a family unit. For this purpose, deep changes regarding the conception of family in the past few decades have been analyzed, as highlighted by anthropology, stressing how they were absorbed by family law in Brazil. Moreover - both to anthropology as to law - the cultural aspect of the relationship between relatives have been detached, highlighting the severity of the impact of DNA testing as proof of consanguinity bond, but not necessarily paternity bond, as Brazilian courts have repeatedly acknowledged. Finally, we conclude that family law, aligned to anthropology, must develop a complementary work, assuming itself as a remarkable interdisciplinarity locus.*

**KEYWORDS:** Family. Kinship. Social paternity. DNA test

## 1. INTRODUÇÃO

Há uma preocupação, inclusive no meio acadêmico, acerca da existência de um atraso crônico do direito em relação às ciências sociais no que concerne à abordagem de novos desafios da família e da sociedade (GOMES, 2005, pp. 121 a 134).

Ocorre que o direito de família é uma área jurídica sob a qual se revelam os conflitos mais íntimos das pessoas, e pela qual são levados ao conhecimento do Poder Judiciário demandas tão diversas que escapam a qualquer tentativa de simplificação.

Pergunta-se, então, se seria possível demonstrar, por meio de uma análise comparativa entre o direito e a antropologia, que o direito de família não se omite em relação às particularidades das relações familiares, mas, ao contrário, oferece soluções a tais questões em complementaridade ao que apontam as observações sociais dos antropólogos.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo pontuar os aspectos jurídicos da noção de família e das relações de parentesco, de maneira a demonstrar que, tomado o direito como mais do que um conjunto de

normas estanques, o direito de família tem se mostrado como uma área em que os novos fenômenos sociais têm sido abordados e enfrentados, sem que seja esquecida da complexidade das relações humanas.

Justifica-se a presente abordagem em razão da necessidade de valorização do direito de família como uma ciência social aplicada que se ocupa com a análise e solução de problemas complexos da sociedade ligados à existência da entidade familiar.

Para tanto, este artigo realizará uma revisão bibliográfica da área de antropologia da família acerca da noção de entidade familiar e de parentesco, para que, então, seja realizado um contraponto com a abordagem jurídica – normas, jurisprudência e doutrina – desses mesmos temas, para que reste demonstrado que o direito de família tem se posicionado mesmo sobre os aspectos mais atuais da vida familiar.

Ressalte-se que o tema família é por demais amplo para ser exaurido – jurídica e antropológicamente – na extensão de um artigo. A questão do parentesco, então, mostrou-se um recorte adequado, em razão das valiosas contribuições que a antropologia fornece quanto à desvinculação dos laços entre parentes e a consanguinidade.

Por fim, ficará evidenciado que as ciências humanas acima elencadas – direito e antropologia – debruçadas sobre o mesmo objeto – a família – oferecem abordagens diversas, mas conclusões cujo conhecimento é necessariamente complementar para os estudiosos do tema.

## 2. O NOMOS COMO OBJETO DE PESQUISA

A primeira observação cabível neste artigo é a de que, tanto o direito quanto a antropologia possuem, em última instância, o mesmo objeto – o *nomos*. Tal expressão, de origem grega, significa aquilo que oposto à natureza (*physis*), ou seja, aquilo que é cultura<sup>1</sup>. Na Grécia antiga, os usos mais importantes para a palavra *nomos* eram “(a) **uso ou costume** baseado em crenças tradicionais ou convencionais quanto ao que é certo ou verdadeiro; (b) **leis** formalmente esboçadas e passadas, que codificam o ‘uso correto’, elevando-o a norma obrigatória coberta pela autoridade do Estado” (GUTHRIE, 1995, p. 58) (grifo nosso).

Ainda, acerca dessa dupla acepção acima elencada para a expressão *nomos*, vale observar que o “primeiro uso foi o anterior (costumes), mas que nunca se perdeu de vista, de sorte que para a lei grega, por mais que fosse formulada por escrito e reforçada pela autoridade, permanecia dependente de costume e hábito (GUTHRIE, 1995, pp. 58 e 59).

Importa salientar que o senso comum busca organizar e explicar o caos, assim como o faz a ciência. Os antropólogos buscam entender essa ordem dada às sociedades, que podemos chamar de cultura. Ainda, a antropologia preocupa-se, de maneira especial, com o aspecto costumeiro da cultura, que, como visto acima, é uma das acepções do termo *nomos*:

Na antropologia, desde o início, houve uma preocupação com esse aspecto dinâmico da cultura, que está incorporada no estudo dos costumes. A ideia do costume é um pouco diferente da ideia de produto simbólico. Agora não se trata apenas do produto da ação humana, mas da própria natureza dessa ação: uma ação padronizada e organizada pelas regras, codificada simbolicamente e, como os bens culturais, carregada de significação. É essa dimensão do conceito de cultura que acredito ser a fundamental: aquela que toma por referência básica a regularidade e o significado do comportamento criado pela manipulação de sistemas simbólicos. (DURHAM, 1984, p. 27)

Os juristas, por sua vez, também procuram entender a ordem imposta às sociedades por meio do monopólio da força física detido por um soberano. Diante disso, observa-se que as regras culturais – tanto os costumes, quanto as normas jurídicas – possuem relação intrínseca e, em última análise, constituem o mesmo objeto de estudo para ambas as ciências em comento. É verdade que a antropologia e o direito não são a mesma ciência, inobstante possam tratar, numa visão mais ampla, de um mesmo objeto. O recorte, os limites dados ao tema, assim como os métodos utilizados por essas duas ciências são, em regra, muito divergentes. Enquanto o trabalho do antropólogo pode ser entendido, como sugere Oliveira, em três etapas: olhar, ouvir, escrever (OLIVEIRA, 2000, pp. 17 a 35); dogmaticamente, o trabalho do jurista é visivelmente voltado para uma técnica de decisão:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. (FERRAZ JR., 2003, p. 82)

Em suma, no que concerne ao objeto normativo (*nomos*), a antropologia descreve e o direito prescreve.

### 3. A NOÇÃO DE FAMÍLIA

Primeiramente, cumpre ressaltar que família é palavra que não oferece um conceito fechado – nem para a antropologia, nem para o direito –, mas que pode ser estudada como uma noção processual, dinâmica, visto que é uma instituição cultural e, por isso, modifica-se geográfica e historicamente.

Nesse sentido, Durham destaca que o estudo dessa instituição requer cuidado especial com a tendência do senso comum de “naturalizar” o conceito de família, noção essa que é eminentemente cultural:

No caso da família, entretanto, a tendência à “naturalização” é

extremamente reforçada pelo fato de se tratar de uma instituição que diz respeito, privilegiadamente, à regulamentação social de atividades de base nitidamente biológica: o sexo e a reprodução. (...)

O problema inicial do estudo de família é dissolver essa aparência de naturalidade para percebê-la como criação humana mutável. (DURHAM, 1983, p. 15)

Reconhecida a tendência de naturalização da noção de família<sup>2</sup>, pode-se admitir que, até muito recentemente, em nossa sociedade, família foi identificada como o modelo conjugal ou nuclear: “a família é a unidade constituída pelo marido, a mulher e seus filhos, que forma um grupo doméstico” (DURHAM, 1983, p. 32).

Contudo, atualmente, as pesquisas na área da demografia e da antropologia demonstram que, em nossa sociedade, na composição das unidades domésticas, a descrição de modelos familiares distintos do nuclear é numerosa em qualidade e quantidade. Dentre eles, tipicamente, as famílias constituídas por casais sem filhos, as famílias monoparentais e os domicílios ocupados por uma única pessoa.

De acordo com os dados do IBGE, entre 2001 e 2009, nas pesquisas nos domicílios brasileiros, houve uma queda considerável na porcentagem de unidades ocupadas por famílias nucleares, como se observa da tabela abaixo<sup>3</sup>:

Modelo familiar	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Família unipessoal	9,2	9,3	9,9	10	10,4	10,7	11,1	11,6	11,5
Casal com filhos	53,3	52,8	51,5	50,9	50	49,4	48,9	48,2	47,3
Casal sem filhos	13,8	14,1	14,4	14,6	15,1	15,6	16	16,7	17,4
Mulher sem cônjuge com filhos	17,8	17,9	18,1	18,2	18,1	18,1	17,4	17,2	17,4

Da mesma forma, evidenciando a correspondência dos objetos de pesquisa entre o direito e a antropologia, a modificação da noção de família no campo jurídico também pode ser percebida de maneira clara. Os limites para a verificação, na visão do direito, de se um arranjo social pode ser considerado como família ou não, ou seja, merecedor da “especial proteção do Estado”, são observados na Constituição da República de 1988<sup>4</sup>:

Artigo 226. A **família, base da sociedade**, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O **casamento** religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - **Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a**

**união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**

§ 4º - **Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.**

§ 5º - **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.**

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.**

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifos nossos)

Diversa era a aceção de família presente na Constituição imediatamente anterior, de 1967<sup>5</sup>:

Artigo 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos;

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. (grifo nosso)

A doutrina jurídica também consagrou as modificações ocorridas na noção de família no último século. Na obra de Washington de Barros Monteiro, cuja atualização é de responsabilidade de Regina Beatriz Tavares da Silva, é possível perceber no próprio texto as mudanças na aceção do objeto que é próprio do direito de família. Em sua primeira parte, do texto original, observa-se a naturalização do conceito de família consanguínea:

Necessário, destarte, antes de mais nada, precisar o sentido da palavra família, suscetível, na linguagem jurídica, de diversas significações. Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo de consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. (MONTEIRO, 2012, p. 17)

Após a adaptação da obra às modificações mais recentes da noção jurídica de família, observa-se a transformação no conceito: nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela socioafetividade (MONTEIRO, 2012, p.17).

As transformações na noção de família no direito brasileiro também já foram amplamente reconhecidas pelo Poder Judiciário, sendo certo que o trecho abaixo transcrito revela com precisão o vanguardismo do direito de família no Brasil, com o entendimento da possibilidade da existência de família mesmo sem a presença de ascendentes:

(...) o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas (...). O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares (...). Nessa senda, a chamada **família anaparental - sem a presença de um ascendente** -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA(...). (STJ, RESP. N. 1.217.415/RS, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy, D.J. 19/06/2012) (grifo nosso)

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 615) reconhece que o processo de transformação da noção de família “foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar”.

Vale ressaltar que as razões para as modificações, acima relatadas, estão intimamente ligadas com o desenvolvimento do capitalismo, sistema em que o sexo do trabalhador é irrelevante, desde que o

mesmo possa vender sua força de trabalho (DURHAM, 1983, p. 34). Desta feita, a industrialização colocou em xeque a divisão sexual do trabalho tradicional, que mantinha o modelo nuclear de família.

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho e a sua participação na renda familiar, as relações de poder no seio da família se modificaram, tornando inviável a manutenção de um modelo exclusivo para a instituição em tela. Diante disso, a dependência econômica entre homem e mulher se desfez, de maneira que a manutenção do modelo tradicional de família só se justifica caso seja aquele que satisfaz os projetos de cada indivíduo dentro do contexto familiar. Como bem salienta Singly (2007, p. 152):

O trabalho assalariado da mulher transforma, em parte, a natureza dos laços que a unem a seu parceiro. **Ele permite ter a chave de casa.** Esse ponto é tanto mais importante quanto o amplo lugar da afeição nas relações conjugais. A abertura de um segundo mercado para as mulheres (além do matrimonial) lhes dá a possibilidade de só viver conjugalmente por motivos amorosos. (grifo nosso)

Os meios de controle da natalidade também foram determinantes para as mudanças percebidas ao longo das últimas décadas no que concerne aos modelos aceitos sob a rubrica de família. A possibilidade de manutenção de relações sexuais sem reprodução permitiu uma maior liberdade na troca de parceiros, permitindo que fosse possível a manutenção de uma vida social sem o casamento. Ainda, para as pessoas casadas, os métodos contraceptivos permitiram o planejamento familiar, inclusive, com a opção de não ter filhos.

Tais pontos são evidenciados também no plano do direito, vez que, conforme se observa do §5º do artigo 226 da Constituição da República vigente, acima citado, não há mais diferença institucional entre os papéis masculino e feminino na condução da sociedade conjugal, o que é, antes de tudo, um corolário lógico do princípio da igualdade de gêneros abraçado pela mesma Constituição (artigo 5º, inciso I).

Ainda, também a liberdade no planejamento familiar foi contemplada na Lei Maior, a reforçar que nenhuma mulher pode ser obrigada a ter ou deixar de ter um filho contra a sua vontade (artigo 226, §7º, da Constituição da República).

Por fim, ainda no que concerne à noção de família, cabe ressaltar que, inobstante a família seja cultural e, como tal, flexível e mutável, uma de suas bases é a proibição do incesto. A esse respeito, Lévi-Strauss chamou a atenção para o “terrível mistério” que é a universalidade da proibição do incesto, ainda que esta seja uma regra e, como tal, relativa e particular. Em suas palavras:

Encontramo-nos assim em face de um fato, ou antes de um

conjunto de fatos, que não está longe, à luz das definições precedentes, de aparecer como um escândalo, a saber, este conjunto complexo de crenças, costumes, estipulações e instituições que designamos sumariamente pelo nome de proibição do incesto. Porque a proibição do incesto apresenta, sem o menor equívoco, e indissolivelmente reunidos, os dois caracteres nos quais reconhecemos os atributos contraditórios de duas ordens exclusivas, isto é, constituem uma regra que, única entre todas as regras sociais, possui ao mesmo tempo caráter de universalidade. (LÉVI-STRAUSS, 2009, pp. 45e 46)

Não poderia ser diferente na seara jurídica, em que o incesto é terminantemente proibido pelo Código Civil, tanto no caso de parentesco consanguíneo, quanto no caso de parentesco não biológico, no capítulo dos impedimentos para o casamento (artigo 1.521 do Código Civil).

Saliente-se, ainda, nesse sentido, que, da mesma forma que o parentesco próximo impede a formação de uma família pelo casamento, o direito brasileiro não reconhece como família constituída por união estável quando presente qualquer dos impedimentos para o casamento acima referidos (artigo 1.723, §1º, do Código Civil).

Em suma, inobstante a impossibilidade de definição de um conceito de família, é possível, por meio das ciências antropológica e jurídica a percepção de um conjunto de regras e tradições que permitem a identificação do que é família para determinada comunidade cultural. E, ainda, que para o direito de família brasileiro, a noção de entidade familiar abarca a abertura própria desse fenômeno social.

#### 4. AS RELAÇÕES DE PARENTESCO

No que concerne às relações de parentesco, a advertência de Eunice Durham, acima referida, sobre os riscos da naturalização da noção de família deve ser rigorosamente observada (DURHAM, 1983, p. 15). É nesse sentido que Romanelli (2003, pp. 80 a 81, grifo nosso) salienta o caráter não natural da instituição doméstica:

(...) a dimensão biológica (da instituição doméstica) é elaborada culturalmente em todas as sociedades humanas e adquire significado mediante a construção de normas e modelos que passam a orientar o conjunto das relações familiares, inclusive na expressão de vínculos afetivos do par conjugal e entre esses filhos. (...) **Assim como os laços de aliança são instituídos a partir de ordenações culturais, as relações entre pais e filhos também são construídas do mesmo modo, sobrepondo-se ao aspecto biológico do processo reprodutivo.** (grifo nosso)

A ligação que possui o parentesco com a reprodução conduz ao



reforço dessa noção de que os vínculos familiares seriam decorrentes dos laços sanguíneos, o que é uma falácia. O parentesco é um fato cultural e não biológico.

Importante destacar que foi a antropologia que, por meio de suas pesquisas de diferentes culturas, possibilitou que fosse evidenciada a dimensão cultural das relações de parentesco, pois o que parecia natural e biológico em uma sociedade era encarado de maneira diversa em outra comunidade humana. Ora, se as regras de parentesco fossem derivadas da consanguinidade, certamente, por naturais, deveriam ser universais. Contudo, estudos antropológicos demonstraram que a ideia de parentesco é particular, ou seja, pertencente ao mundo da cultura.

É fato que não se pode negar que as ligações entre as pessoas frequentemente podem ser descritas em termos genealógicos, mas também podem ser descritas de outras formas (CARSTEN, 2000, p. 1). Por exemplo, Eunice Durham (1983, pp. 23 e 24) destaca a análise realizada por Malinowski acerca da família trobriandesa<sup>6</sup>, que evidencia a artificialidade das relações de parentesco, em razão da extrema diferença que existe entre a organização da família trobriandesa e a da nossa:

**Os trobriandeses constituem um dos casos (relativamente raros) de sociedades que negam totalmente a participação do genitor no processo reprodutivo.** Acredita-se que as crianças sejam concebidas através de espíritos que vagam sobre as águas e penetram na vagina das mulheres quando estas se banham. Relações sexuais nada têm a ver com o caso, a não ser no sentido mecânico de que a perda da virgindade é necessária para alargar a abertura vaginal a fim de permitir a penetração do espírito-bebê (o que, aliás, segundo os próprios trobriandeses, pode ser obtido por outros meios que não o coito). A relação com a mãe é ao mesmo tempo física e espiritual e todos os parentes em linha materna são pensados em termos muito semelhantes ao que chamamos de “comunidade de sangue”. **Por outro lado, o pai é estritamente um afim e não um parente – é o marido da mãe, algo correspondente à nossa noção de padrasto.** (grifos nossos)

Outros exemplos antropológicos que reforçam o caráter cultural do parentesco são citados por Romanelli (2003, pp. 81 e 82):

Que a paternidade é fato cultural pode ser documentado pela separação que certas sociedades primitivas, como os **nayar**, fazem entre pai biológico, ou “genitor”, responsável pela fecundação de uma mulher, e pai social, ou “pater”, aquele que assume social e legalmente a paternidade de uma criança. Outro exemplo da construção cultural da paternidade ocorre entre os **nuer** e os **zulu**. Nessas sociedades, uma mulher assume simbolicamente o papel de

um irmão que faleceu sem ter deixado filhos e casa-se socialmente com outra mulher, a fim de, indiretamente, gerar descendentes para dar continuidade à linhagem do irmão. Esse casamento não constitui empecilho para a mulher que ocupa o lugar simbólico do irmão ter um parceiro sexual, que não é socialmente seu marido e com quem terá filhos. Assim, o irmão falecido torna-se “pater” dos filhos gerados por sua irmã com um parceiro, que é de fato o pai biológico ou “genitor” desse filho. (grifos nossos)

O que se verifica, diante disso, é que as relações de parentesco são definidas independentemente das ligações biológicas, contrariando a concepção de parente tipicamente ligada à noção de família nuclear.

Observe-se, nesse sentido, que não é diferente a percepção do parentesco em seu aspecto jurídico, inclusive, porque, como visto acima, a noção de família, no direito brasileiro, já não se identifica com a família nuclear. Conforme se verifica do artigo 1.593 do Código Civil brasileiro: “**O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem**” (grifo nosso).

O texto da norma é claro: parentesco pode ser natural, identificado pela consanguinidade; ou civil, o qual se origina de qualquer outra origem – afinidade, adoção, socioafetividade ou, na contemporaneidade, pelas técnicas de reprodução assistida. Nesse ponto, merece destaque que são justamente as novas tecnologias que levaram o legislador a optar pela expressão “outra origem”, extremamente aberta, para que novas formas de ligação familiar não ficassem excluídas da noção jurídica de parentesco.

É importante destacar, desde já, que a distinção da espécie de parentesco, para fins de discriminação entre filhos, é constitucionalmente proibida no Brasil, como forma de eliminar os preconceitos típicos advindos da noção nuclear de família, como, por exemplo, a ideia de filhos legítimos e ilegítimos. É o que consta do artigo 227, §6º, da Constituição Federal: “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”.

A percepção do parentesco, no sentido exclusivamente jurídico, é feita em linha reta (pais, avós, filhos, netos) ou colateral (irmãos, tios, sobrinhos), com contagem de graus por meio da identificação do ascendente comum (artigos 1.591, 1.592 e 1.594 do Código Civil).

Além do parentesco com a família de origem, há o estabelecimento do parentesco por meio do casamento ou da união estável, ou seja, com a família de procriação. Maridos e esposas não são parentes, mas, dentro de limites jurídicos, passam a ser parentes da família de origem de seu companheiro (artigo 1.595 do Código Civil).

É preciso notar que o parentesco por afinidade em linha reta é mantido mesmo com a dissolução do casamento entre as pessoas – e, com

o Código Civil atual, mesmo em casos de união estável. Isso consagra uma noção moral de nossa sociedade, nos seguintes termos:

A nova regra tem apoio nos princípios morais que a inspiram, de modo a impedir não só a celebração de casamento, mas também a constituição de união estável entre parentes afins e em linha reta, como sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, mesmo diante da extinção das relações que deram origem a esses vínculos de parentesco (BARROS e TAVARES DA SILVA, 2012, p. 422).

A manutenção do parentesco por afinidade, no caso do direito de família brasileiro, assim como a consequente proibição da formação de nova família de procriação dentro da anterior, vem a corroborar a noção acima exposta de que a formação da entidade familiar está intimamente ligada à proibição de incesto.

Em suma, a concepção de parentesco, como observada pela antropologia e determinada pelas normas jurídicas, não tem ligação intrínseca com o fato da consanguinidade, mas, efetivamente, com o reconhecimento de um papel social a ser exercido.

#### 4.1 O PARENTESCO E O EXAME DE DNA

Em continuidade com que o que foi acima exposto, ou seja, de que o parentesco não se trata de um laço biológico, destaca-se a contrarrevolução que pode ser identificada pelo advento do exame de DNA.

Não se nega a relevância do exame de mapeamento genético, inclusive para reconhecimento de paternidade. Contudo, também devem ser salientadas as repercussões graves que a adoção da prova científica de paternidade pode ter.

Conforme relata Claudia Fonseca (2004, p. 13), há hoje no Brasil uma onda de testes de DNA que desafia a imaginação.

A busca pela “verdade real” acerca da paternidade contraria, de maneira frontal, a convicção, já assentada, de que a paternidade não é uma espécie de vínculo biológico, fazendo com que pais que sempre exerceram o papel social como tal se desfaçam dessa incumbência; enquanto se descobrem pais biológicos que nunca cumpriram ou vão cumprir o compromisso paterno conforme esperado em nossa sociedade.

Ainda assim, movidos pelo ímpeto de checar a fidelidade de suas companheiras, o número de homens que buscam os testes de DNA aumenta cada vez mais, inclusive com suporte financeiro do Estado, sob a alegação de que “têm o direito de saber” (FONSECA, 2004, p. 23).

Ocorre que, dentro desse contexto, mesmo sem adentrar-se no mérito de se há ou não um “direito de saber” por parte dos pais que registram filhos que acreditaram serem seus, é grave o caso das tentativas de desfazimento de vínculos de paternidade, por meio de exame de DNA, nos casos de adoção à brasileira.

Explica-se. A adoção à brasileira nada tem a ver com a adoção como

instituição reconhecida pelo direito brasileiro. A adoção à brasileira ocorre quando um homem, ciente de que o filho que sua namorada ou companheira espera não é biologicamente seu, registra-o como se o fosse, sem cumprir qualquer uma das exigências da adoção regulamentar. Como bem anota Fonseca (2004, p. 20): “Nesse caso, parece que registrar o filho da companheira quase que substitui o casamento, servindo para marcar a nova aliança entre homem e mulher”.

Ocorre que, nos casos em que essa união se rompe posteriormente, com a possibilidade do exame de DNA, os homens que registraram filhos biológicos de outrem como se seus fossem, sentem-se livres para questionar a paternidade no Poder Judiciário, pretendendo romper não só o vínculo matrimonial, como também o de paternidade, sob o fundamento de que não existem laços consanguíneos.

Mas é preciso entender que estes homens, na maioria dos casos, criaram esses filhos por longos períodos, inclusive com desconhecimento da prole de que não se tratava de um vínculo consanguíneo. Com isso, restou estabelecido uma espécie de vínculo hoje reconhecido como paternidade socioafetiva, ou seja, a paternidade independente do compartilhamento biológico, que se constitui no plano dos fatos, por meio do que se convencionou chamar da posse do estado de filho.

Essa tentativa – de desfazimento da paternidade nos casos de livre escolha pelo registro – não pode ser admitida, em razão da inexistência, já pontuada, de ligação imediata entre vínculo consanguíneo e parentesco e/ou paternidade.

Em consonância com o acima exposto, pleitos como esses vêm sendo reiteradamente rechaçados pelo Poder Judiciário brasileiro, com a convicção de que, também juridicamente, a paternidade não se trata de um vínculo biológico.

Nesse sentido, são didáticos os trechos abaixo transcritos, excertos de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Civil. Recurso especial. Registro civil inverídico. Anulação. Possibilidade. **Paternidade socioafetiva. Preponderância.** 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. **Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de**

**uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.** 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido. (STJ, RESP. N. 1.244.957/SC. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 07/08/2012) (grifos nossos)

Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, **se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.** 3. Recurso especial não provido. (STJ, RESP. N. 1.059.214/RS. 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 16/02/2012) (grifo nosso)

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. **Mera dúvida acerca do vínculo biológico.** Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado. **O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos**

autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc.VI, do CPC, por carência da ação. **Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário?** Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. **Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado (...)** (STJ, RESP. N. 1.067.438/RS. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 03/03/2009) (grifos nossos)

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. **O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.** Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. **Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-**

**país.** (STJ, RESP. N. 1.003.628/DF. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ. 14/10/2008) (grifos nossos)

Diante disso, o exame de DNA, que está necessariamente atrelado à descoberta de vínculos genéticos, independentemente de sua extrema relevância, não é instrumento apto à construção ou desconstrução imediatas de vínculos de parentesco, nem mesmo à formação ou desmantelamento de uma família. Em suma, como os laços de parentesco são culturais, o que é reconhecido tanto pela antropologia, quanto pelo direito, o resultado do teste de DNA não passa a ser, necessariamente, a confirmação da existência ou não de um vínculo de parentesco e/ou paternidade.

## 5. CONCLUSÃO

Os temas acima explorados estão muito distantes de esgotar a interface entre o direito e a antropologia, mesmo no que tange ao objeto de estudo família.

Ainda assim, entende-se que os diálogos realizados acima entre as duas áreas foram suficientes para demonstrar que os estudos antropológicos e jurídicos apresentam resultados convergentes na abordagem das relações familiares.

O direito de família brasileiro, revelado tanto pelo ordenamento jurídico, como de maneira especial pelo Poder Judiciário, reforçado pela doutrina especializada, reconhece o caráter cultural da entidade familiar e dos laços de parentesco, de modo que tem enfrentado e abraçado à complexidade e às intensas modificações operadas no modelo familiar vigente.

Em outras palavras, não se pode admitir a perpetuação do senso comum, principalmente no campo do estudo da família, no sentido de que “o direito vem sempre por último”, sob pena de desvalorização da produção jurídica, destacadamente a doutrinária e jurisprudencial, no cenário brasileiro.

Ao contrário do que é comumente reproduzido, o direito de família se afirma como “espaço privilegiado para a discussão dos diferentes olhares sobre a familiaridade, algo que pode vir a contaminar todo o Direito de uma mobilização para a interdisciplinaridade” (COLARES, 2000, p. 323).

É preciso reconhecer que o direito regulamenta a mesma realidade que a antropologia observa. Ou seja, o objeto de estudo, quando o mesmo, como no caso da família, não pode apresentar divergências substanciais.

A diferença, como acima apontado, é que o direito precisa prescrever condutas, enquanto a antropologia precisa descrevê-las. Com isso, a inter-relação entre ambas as ciências é necessária, pois o direito deve prescrever, de modo geral, condutas aceitas pela comunidade, enquanto a antropologia, ao descrevê-las, observa se as condutas são transgressoras ou não das regras ditadas pelo direito.

## NOTAS

**1** Ainda hoje a ideia de cultura é oposta à ideia de natureza, como se observa dessa relevante passagem: “O que o conceito antropológico de cultura pressupõe é exatamente que essas qualidades (excelência técnica, riqueza formal ou complexidade simbólica) estão presentes em todo comportamento social humano. (...) **Para classificar todas as ações como sendo igualmente culturais, a antropologia parte de uma oposição básica entre natureza e cultura.**” (DURHAM, 1984, p. 26 ) (grifo nosso).

**2** Até mesmo entre os cientistas sociais, é possível identificar tal tendência, conforme denunciam as autoras: “The issues here are too complex for thorough explication in this essay, but if you are to better understand the nature of ‘the family’ in the present, it seems worthwhile to explore the question, first, of why so many social thinkers continue to believe in Capital-Letter Families as universal institutions, and second, whether anthropological tradition offers any alternatives to a ‘necessary and natural’ view of what our families are.” (COLLIER; ROSALDO; YANAGISAKO, 1992, p. 36).

**3** Tabela de modelo familiar nos domicílios brasileiros. Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2001-2009. Disponível em: <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FED304&sv=13&t=tipos-de-familia>>. Acesso em 25 de maio de 2012.

**4** Com o texto dado pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010.

**5** Com o texto dado pelas Emendas Constitucionais nº 1, de 1969, e nº 9, de 1977.

**6** Habitantes das Ilhas Trobriand, atóis coralinos que formam um arquipélago de aproximadamente 440 km<sup>2</sup> ao longo da costa oriental da Nova Guiné.



## Referências Bibliográficas

CARSTEN, Jane. Introduction: cultures of relatedness. In CARSTEN, Jane (org.). **Cultures of relatedness: new approaches to the study of kinship**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

COLARES, Marcos Antônio Paiva. O que há de novo no direito de família? In **Anais do II Congresso de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

COLLIER, Jane; ROSALDO Michelle Z., YANAGISAKO, Sylvia. Is there a Family? New anthropological views. In THORNE, Barrie; YALOM, Marilyn (org.). **Rethinking the family: some feminist questions**. Boston: Northeast University Press, 1992.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e reprodução humana. In FRANCHETTO, B.; CAVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L. (org.). **Perspectivas antropológicas da mulher**, vol. 3. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

\_\_\_\_\_. Texto II. In ARANTES, Antonio Augusto (org.). **Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Claudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. In **Estudos Feministas**, Florianópolis, 12 (2): 264, maio-agosto, 2004.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. Capítulo de a crise do direito, obra clássica publicada em 1955, republicado em **Revista Direito GV**, vol. 1, n. 1, maio/2005.

GUTHRIE, Keith Chambers Guthrie. **Os sofistas**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil**, vol. 2: direito de família. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In **Anais do V Congresso de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O trabalho do antropólogo**. São Paulo: Paralelo 15/Unesp, 2000.

ROMANELLI, Geraldo. Paternidade em famílias de camadas médias. In **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, UERJ, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, setembro/2003.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.