

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O PLURALISMO DE FONTES COMO INSTRUMENTAL DE GARANTIA DE DIREITOS

SOCIAL AND AFFECTIVE PATERNITY, LEGAL PLURALISM AND PLURALITY OF LEGAL SOURCES AS INSTRUMENTS OF RECOGNITION AND AFFIRMATION OF RIGHTS

Ana Paula Motta Costa¹

Professora da Faculdade de Direito da UFRGS

Simone Tassinari Cardoso²

Professora da Faculdade de Direito PUC/RS

RESUMO: Muitas vezes, o sistema jurídico contemporâneo, influenciado pelo modelo racionalista-liberal, confronta-se às necessidades socialmente observadas. Neste artigo analisa-se esta realidade a partir de um estudo sobre o comportamento jurisprudencial de dois Tribunais de Justiça – do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Rio de Janeiro (TJRJ). A superação do monismo estatal encontra no pluralismo jurídico e no pluralismo de fontes uma possível resposta para as necessidades sociais, em busca da efetivação e do reconhecimento da dignidade de pessoas concretas com a consideração

objetiva de suas respectivas realidades culturais e normativas. Tem por meta influenciar para que o Direito estatal seja legítimo e coerente com valores de justiça, e, ainda assim, dialogue com a realidade, entendendo a lógica discursiva dos sujeitos concretos, bem como sua racionalidade como fonte normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade socioafetiva; teoria do direito; pluralismo jurídico; pluralismo de fontes normativas; valores sociais.

ABSTRACT: *The objective of this research is to present the contemporary legal system*

¹ Doutora em Direito pela PUC/RS.

² Doutora em Direito pela PUC/RS.

as decisively influenced by the liberal-rationalist model. Examines judicial decisions of two district courts: “Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)” and “Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJR)”. Through the necessity of overcoming the state monism, it’s possible find in the legal pluralism a possible answer to social needs, in search of realization and recognition of the dignity of people with specific objective consideration of their respective realities and cultural norms. Its goal is to influence what the state law, it is reasonable and consistent with the values of justice, but insert in the reality, understanding the discursive logic of concrete subjects, as well as their rationality as normative source.

KEYWORDS: *Social and affective paternity; theory of law; legal pluralism; pluralism of normative sources; social values.*

SUMÁRIO: 1 Introdução e apresentação metodológica; 2 Direito positivo e o pluralismo jurídico: um questionamento necessário; 3 Pluralismo jurídico ou pluralismo de fontes; 4 Análise de dados da pesquisa: a dificuldade de reconhecimento do fato social como elemento do sistema jurídico; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Introduction and methodological presentation; 2 Positive law and legal pluralism: a necessary inquiry; 3 Legal Pluralism and plurality of sources; 4 Data Analysis: the difficulty of recognizing the social fact as part of the Legal System; Final considerations; References.*

1 INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO METODOLÓGICA

O presente trabalho apresenta uma investigação teórico-prática sobre a noção contemporânea de pluralismo jurídico. A partir das noções de monismo estatal e pluralismo jurídico, apresenta o direito como produto da modernidade e, por isso, replicador da necessidade de segurança e certeza. Analisa o desenvolvimento das várias correntes e pensamento jurídico que se constituíram no decorrer do tempo, a partir das noções de paradigma e de ciência.

Busca verificar se a interpretação jurídica brasileira encontra-se alinhada com as noções de pluralismo jurídico e pluralismo de fontes, através da pesquisa empírica sobre um fato social significativo que vem encontrando respaldo jurídico nos últimos anos.

Para isso, foi realizado um censo das decisões disponíveis na Internet até 30.06.2013, em dois Tribunais Regionais, buscando-se pelo vocábulo paternidade socioafetiva. O objetivo era investigar se os julgadores estavam considerando o fato social paternidade socioafetiva como relevante para o reconhecimento de paternidade civil, ou se, ainda presente na primeira hipótese, permanece

vinculado ao paradigma moderno de decisão que só encontra respaldo jurídico no fenômeno oriundo do Estado.

2 DIREITO POSITIVO E O PLURALISMO JURÍDICO: UM QUESTIONAMENTO NECESSÁRIO

Tradicionalmente, as relações postas em prática entre o ordenamento jurídico estatal e as demais organizações sociais e jurídicas estiveram fundamentadas na concepção monista de Direito³ e no pensamento positivista, ou seja, nas ideias de completude do ordenamento jurídico estatal e da certeza do Direito. O Direito, produto da modernidade, esteve acompanhado do pensamento positivista clássico e da concepção de ciência como método de validação de verdades. Ao que parece, o Direito esteve a serviço da regulação e da disciplina, constituidor do pensamento dogmático que deu sustentabilidade à sociedade moderna⁴.

Do ponto de vista epistemológico, o positivismo postula a dualidade entre sujeito e objeto, estabelecendo a premissa de que existe um único conhecimento verdadeiro. Assim, o objetivo da ciência, segundo tal perspectiva, consiste em descobrir a verdade do objeto. Parte de premissas, consideradas científicas, as quais são confirmadas nas novas investigações. Para o positivismo jurídico, o conjunto de fontes do Direito é limitado ao ordenamento jurídico estatal, as quais estão hierarquizadas previamente, e, portanto, não podem contradizer-se. Assim, diante de cada fato social, a solução jurídica está na aplicação da norma já previamente destinada. Não há contradição ou diferente interpretação. Portanto, o real é suscetível de conhecimento e o Direito é autossuficiente⁵.

O positivismo jurídico teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, a partir da publicação de sua principal obra, *Teoria pura do direito*, em 1934⁶. Tal teoria tem como objeto a própria norma e busca revelar os caminhos de uma “autêntica ciência do Direito”, separada da política e de

³ Conforme Arnaud, “*monocentralidade significa que todo Derecho emana del Estado y que éste es el último productor legítimo de normas jurídicas*” (ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Boletín Oficial del Estado, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 292, 1996).

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 60-68.

⁵ Idem, p. 60-68.

⁶ Cabe referir, sobre Hans Kelsen, que na edição publicada no ano de 1963 da *Teoria pura do direito* fez uma revisão a respeito do caráter rígido de sua posição original positivista.

qualquer valoração ideológica que sustentasse ideias de justiça⁷. Para Kelsen, o Direito não se distanciava da norma escrita, a ordem jurídica era considerada exclusivamente estatal, o ordenamento jurídico seria completo e a vigência de uma norma depende de sua validade formal, ou seja, dos procedimentos para sua criação. Trata-se da compreensão do Direito como método científico, a partir de um processo lógico-dedutivo de submissão dos fatos à lei, através da declaração feita pelo intérprete⁸.

De acordo com a posição sustentada pelas escolas de interpretação jurídica, fundadas na dogmática jurídica, como a Escola de Interpretação Gramatical ou a Escola da Exegese, não existe outra fonte além do ordenamento jurídico estatal. Tais pensadores identificavam-se com a ideia de que há uma significação unívoca do que seja o fenômeno jurídico. O intérprete tem a responsabilidade de identificar tal significado, seja na compreensão do que está escrito ou indagando-se a respeito de qual seria a vontade do legislador⁹.

Não há mais Direito, portanto, para além do conjunto de normas estabelecidas pela autoridade legítima. Deve-se obedecer às disposições normativas estatais, porque foram elaboradas por quem tem competência para fazê-lo, correspondendo à delegação de poderes da sociedade em geral, tendo como referência a noção hipotética de contrato social¹⁰. Assim, para além da noção de segurança e certeza jurídica, também a herança positivista fundamenta a direta relação entre Direito e Estado.

Santos, no entanto, pondera que o “Estado nunca teve monopólio do Direito”. Em paralelo à ilusão de um Direito estatal, sempre existiram ordens jurídicas supraestatais e ordens jurídicas infraestatais¹¹. Sabe-se que a sociedade

⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. II, 2002. p. 163-164.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo constitucionalismo brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23-25.

⁹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução ao direito I*. Interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 68.

¹⁰ MOREIRA, Nelson Camata. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 171.

moderna nasceu “multicêntrica” e “policontextual”¹², de modo que “cada diferença tornou-se o centro do mundo”, o que implica uma “pluralidade de autodistinções de sociedade” ou “diversas racionalidade parciais”¹³. De outra parte, também a sociedade moderna já surgiu como sociedade mundial, embora organizada em Estados nacionais, sua formação social desvinculou-se das formações territoriais, implicando relações de comunicação mundiais.

Assim, em paralelo à ideia de Direito monista, ao longo da História moderna, vários foram os questionamentos que surgiram acerca de seus pressupostos e de sua concepção unitária. Pode-se dizer que os primeiros questionamentos ao positivismo foram em relação ao fundamento da razão ocidental universal, oriundos, em especial, de pensadores como Karl Marx, no século XIX, e Sigmund Freud, no século XX¹⁴. Esses autores desvelaram a presença da ideologia, como componente da racionalidade e do inconsciente como seu pressuposto, respectivamente. Do ponto de vista do Direito, as noções de neutralidade e de objetividade também foram refutadas. O Direito, fruto da razão científica, cujo fundamento estava em ser um método para alcançar a justiça desde a aplicação objetiva de regras positivadas, por meio da neutralidade, passou a perder sustentabilidade.

Nesse contexto de crítica, o cientificismo entrou em crise, sendo que, em meio a tal momento histórico, identificaram-se problemas práticos, com origem na realidade e distintos da justificação de validade teórica. Alterou-se, assim, o quadro epistemológico, na medida em que, ao lado das ciências empírico-analíticas, passou-se a falar nas ciências históricas, da cultura ou da hermenêutica. O mundo revelou-se mais complexo, com muitas outras dimensões da realidade. O indivíduo isolado deixou de ser objeto de análise, passando-se a buscar compreender a pessoa concreta, que vive em interação com os outros¹⁵.

¹² De acordo com a concepção desenvolvida pelo autor, a ideia multicêntrica corresponde à noção de que na sociedade moderna não há um único centro que irradia poder e conhecimento racional, próximo ao que seja verdadeiro e em contraposição às periferias, mas vários centros e contextos de produção normativa.

¹³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*, 313 fls. Tese de Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) apresentada no concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de Direito Constitucional ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo, 2009, p. 21-23.

¹⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 140-141; BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos...*, p. 6-7.

¹⁵ BRONZE, José Fernando. Op. cit., p. 380-381.

Em síntese, seria a razão, tida como universal, que forneceria as respostas corretas, mas não foi isso que aconteceu. Situações como as duas guerras mundiais tiveram grande impacto no pensamento mundial, diferenciando gerações e mudando pensamento das pessoas. O impacto desses acontecimentos no pensamento dos intelectuais e teólogos foi de grande significado. A Guerra espantou as ilusões possíveis sobre “o homem racional”. Dessa forma, o que estava em decadência eram as pressuposições da antiga modernidade, ou seja, “fé na ciência, na racionalidade humana e no desenvolvimento gradual da raça humana”¹⁶.

Os pensamentos questionadores, que desde suas muitas vertentes unificavam-se em oposição aos positivismos científico e jurídico, constituíram embriões de uma visão sociológica do Direito e de uma concepção mais ampliada acerca da coexistência de planos jurídicos para além do Estado¹⁷.

O modelo de produção de normas baseado no monismo estatal, a partir de tais críticas, ou em resposta às necessidades impostas pela realidade, ao longo do século XX, deu passos novos rumo ao pluralismo jurídico, ao reconhecimento de racionalidades diferentes da norma estatal e à atenção aos assuntos relacionados à perspectiva social do Direito. Tratou-se, gradativamente, de reconhecer a complexidade inerente das relações sociais, onde causas e consequências estão entrecruzadas, o que faz com que os operadores do Direito não possam responder às demandas de regulação com base apenas nos parâmetros tradicionais, sob pena de ingovernabilidade¹⁸.

Observa-se que as sociedades contemporâneas são cada vez mais juridicamente plurais, pois convivem na mesma base territorial (ou em bases territoriais relacionadas) com diferentes planos normativos. Na maioria das vezes, uma dessas é considerada oficial – estatal ou positivada – e influencia no modo de operação das outras¹⁹.

Santos contribui com a noção de que as diferentes ordens jurídicas relacionam-se como planos normativos em diferentes escalas:

O Estado moderno assenta no pressuposto de que o direito opera segundo uma única escala, a escala do

¹⁶ BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990. p. 170.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 197-207.

¹⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 210-211.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente...*, p. 205-207.

Estado. Durante muito tempo, a sociologia do direito aceitou criticamente esse pressuposto. Nas últimas décadas, a investigação sobre pluralismo jurídico chamou atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infraestatal, informal, não oficial, ou mais ou menos costumeiro. [...] Em meu entender, o que distingue estas diferentes formas de direito é o tamanho da escala com que regulam ação social.²⁰

O fato é que os planos normativos, em paralelo, são utilizados como referência para a solução de conflitos, fundamentando-se, por sua vez, em conceitos de justiça, também paralelos. Diante da multiplicidade de planos normativos, os cidadãos organizam suas vidas perante esses vários estratos, de forma complexa, em mútua influência, seja no âmbito local, nacional ou supranacional (global). Portanto, a ideia de diversificados planos normativos, relacionais e complexos, expande a concepção de Direito e justiça e leva à necessidade de consideração de realidades culturais, locais ou historicamente constituídas no momento da aplicação do Direito²¹.

Cabe referir que a opção pelo monismo jurídico não gera apenas problemas em nível restrito teórico. Exemplificando tal afirmação, é simples visualizar que, em países multiculturais, a imposição de um único modelo jurídico oficial acaba refletindo o posicionamento de uma só cultura, um idioma, um grupo social²². Quando a relação entre o sistema jurídico estatal e as demais esferas normativas é tensa, ou violenta, na medida em se impõe, a percepção das pessoas é de que há falta de legitimidade, porque não representa sua realidade e suas necessidades²³.

Sabe-se que tal problemática está identificada ao Estado de Direito fundado na ideia clássica de separação de poderes e de democracia formal representativa. Portanto, trata-se do modelo do Estado Liberal Clássico, como

²⁰ Idem, p. 206-207.

²¹ SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las Justicias en Colômbia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. p. 145.

²² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. p. 5.

²³ Idem, p. 10.

soberano legislativo, com absoluta força normativa²⁴. No entanto, por mais plural que seja a representação política institucional, em razão do distanciamento entre Estado e sociedade, nas diferentes e múltiplas realidades socioculturais formam-se outros planos normativos, nos quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos. O não reconhecimento de tal realidade gera imposição, por parte do Estado, do seu modelo de Direito.

Verifica-se, entretanto, que, ainda nos dias de hoje, a racionalidade jurídica de origem moderna muitas vezes continua negando todo o tipo de pluralidade ou diferenciação normativa. Nega as ordens normativas não estatais, surgidas em determinados âmbitos de relações sociais²⁵. Nega a interdependência de grupos sociais e afirma que os direitos dos indivíduos são atributos de um Estado nacional, que representa uma sociedade homogênea em seu conjunto.

Nessa direção, contribui Zagrebelsky, quando afirma que a lei, na sociedade plural, é a manifestação de um instrumento de enfrentamento social, de conflito. De acordo com o autor, contar-se com direitos positivados não significa a eliminação do conflito social preexistente, mas sim é a continuidade de tal conflito²⁶. A lei nas sociedades atuais é resultado de pluralidade de fontes, que decorrem de vários ordenamentos normativos paralelos.

O Direito estatal, portanto, não é um fenômeno isolado, mas reflete o contexto sociocultural e político em que se manifesta. Diversos planos compõem o ambiente onde se insere o Direito do Estado, os quais são reciprocamente interferentes; alterando-se qualquer deles, altera-se também o Direito²⁷.

Herrera Flores esclarece que a questão situa-se em torno da tradicional oposição entre as concepções universalista de direitos e particularista, ou de especificidades locais. Enfocando a polêmica em torno dos direitos humanos no mundo contemporâneo, afirma que esta se situa entre duas visões: em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia de conteúdo, que não se referencia nas circunstâncias reais das pessoas, portanto, centrada na concepção ocidental do Direito; em segundo lugar, e em oposição à primeira visão, constitui-se

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justiça*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 23.

²⁵ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, n. 7, 2. ed., p. 32-34, 2006.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 38.

²⁷ BRONZE, José Fernando. Op. cit., p. 379.

uma visão localista, em que predomina o próprio, centrada em torno da ideia particular de cultura e no valor da diferença²⁸.

Propõe o autor que não se negue a possibilidade de uma síntese universal das diferentes opções frente aos direitos humanos, nem que se descarte a necessidade de lutas pelo reconhecimento de diferenças. No entanto, o universal deve se alcançado depois de um processo conflitivo, discursivo, de diálogo e confrontação em que se rompem os prejuízos e as linhas paralelas²⁹.

É, portanto, emergente a ideia de pluralismo social e jurídico. Ou seja, todo o fenômeno jurídico não se confunde com o Direito estatal. Coexistem formas alternativas de normatividade, às vezes harmônicas, outras não³⁰. É necessário superar a afirmação de que existe um consenso, apesar da diversidade, para chegar-se ao consenso desde a diversidade. Ou seja, um consenso intercultural, que parta do pleno reconhecimento e aceitação de uma necessária igualdade real, mas também das diferenças e diversidades culturais, considerando a diferença, assim como a igualdade, princípios jurídicos³¹.

Trata-se, pois, da constatação de que se vive em uma época de “policentralidade”³² e de “porosidade jurídica”³³, ou, dito de outra forma, de múltiplas redes de ordens jurídicas, que constantemente forçam a transações e inovações. Para Arnaud, a via jurídica a ser proposta consiste na “interlegalidade”, ou seja, reconhecer as várias legalidades em que estão inseridos e às quais os sujeitos se referenciam, e buscar estratégias de diálogo ou de “transplantes jurídicos”³⁴.

Portanto, diante da realidade complexa que se impõe, o desafio que enfrentam o Direito e o Estado parece estar em não contar com respostas prontas, mas na necessidade de elaborá-las, diante de cada nova circunstância. As soluções fundadas de forma exclusiva em uma concepção monista (que acabam por torna-se autoritárias) nem sempre são legítimas ou resolutivas, frente às necessidades das pessoas. Se a “interlegalidade”, ou a adoção de estratégias de

²⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una vision compleja de los derechos...*, p. 19-78.

²⁹ *Idem*, p. 74-78.

³⁰ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Op. cit.*, p. 23.

³¹ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. *Op. cit.*, p. 20.

³² Policentralidade como muitos centros diferentes de produção normativa.

³³ Porosidade como possibilidade de mútua influência e inter-relação.

³⁴ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, p. 307-308.

diálogo, parecem ser caminhos, resta encontrar os “trilhos do caminho”, “os mapas por onde andar”, os signos a serem identificados, a fim de que se possam encontrar soluções mais efetivas para a realidade concreta.

3 PLURALISMO JURÍDICO OU PLURALISMO DE FONTES

É característica fundamental das sociedades complexas, desde a perspectiva aqui adotada, a convivência em mesmo espaço e em mesmo tempo de um grande número de campos sociais semiautônomos. São grupos, comunidades, organizações ou populações que possuem identidade específica, mas que estão inseridas, de uma forma ou outra, na globalidade contemporânea.

Não apenas a ordem mundial é multicêntrica, como também seu sistema jurídico é multicêntrico, de modo que, desde a perspectiva de um dos centros, os outros são periferia³⁵. Assim, “o mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal local, internacional e transnacional (em sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizados recíprocos”³⁶. Portanto, diante de problemas comuns, cabe buscar-se a solução a partir do aprendizado mútuo entre as ordens jurídicas envolvidas, independente dos critérios exclusivos de validade de cada norma jurídica a ser aplicada.

Nessa direção, o pluralismo jurídico, enquanto perspectiva sociológica e antropológica do Direito, parte da premissa de que não se deve assumir uma concepção apriorística, ou desde um único centro de produção do Direito, na medida em que a perspectiva pluralista implica a coexistência de concepções jurídicas diferentes.

Existem, no entanto, diferentes concepções de pluralismo jurídico. Conforme Fariñas Dulce, alguns aspectos encontram-se presentes em quase todas as formulações doutrinárias. Seriam eles: o rechaço da identificação do Direito com a lei, ou seja, o pluralismo de fontes do direito; o rechaço do monopólio jurídico por parte do Estado; o rechaço ao mito unificador do “monismo jurídico-formalista”; e o reconhecimento da descentralização do Direito estatal, que implica uma pluralidade de centros de decisão jurídica dentro do mesmo sistema jurídico. A aceitação desses conceitos leva à superação

³⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Op. cit., p. 103.

³⁶ Idem, p. 106.

do dualismo entre norma jurídica estatal e norma social, em favor do conceito amplo de juridicidade³⁷.

De forma complementar, Wolkmer afirma que o termo “pluralismo jurídico” designa a coexistência de diversas realidades, “múltiplas formas de ação prática”, com particularidades, que se inter-relacionam. Trata-se, de acordo com a concepção do autor, da convivência entre diferentes possibilidades, distintas racionalidades, descentralização normativa, do centro para a periferia, do Estado para a sociedade, da lei para as alternativas de negociação e mediação de conflitos. Também reconhece, o autor, a existência de diferentes concepções teóricas de pluralismo, tanto social como jurídico. Desde sua perspectiva, defende a ideia de um “pluralismo comunitário e participativo”, o qual se opõe à concepção de individualismo e relativismo cultural, afirmando a necessidade do reconhecimento de novos sujeitos coletivos³⁸.

Considerando-se a existência dessas diferentes concepções e versões do que seja pluralismo jurídico, cabe aqui buscar o referencial adequado à realidade objeto de estudo neste livro. Nesse sentido, busca-se a identificação da concepção de pluralismo jurídico que responda às necessidades concretas da realidade sociojurídica da sociedade complexa, como a brasileira contemporânea, em que estão inseridos os adolescentes, em especial aqueles que vivem em condição de maior vulnerabilidade social e que são titulares de direitos fundamentais, os quais encontram dificuldades de efetivação. Nesse sentido, pluralismo jurídico constitui-se na perspectiva de reconhecimento dessa realidade sociojurídica.

Muitas vezes no conceito de pluralismo jurídico estão contempladas ideias relacionadas ao pluralismo das fontes do Direito ou noções que buscam contemplar maior participação da sociedade civil na produção normativa, portanto, pluralismo dos meios, formais ou informais de resolução de conflitos, abrindo espaço para o que se denomina pluralismo judicial³⁹. Trata-se da utilização de fontes normativas diferenciadas para a solução dos casos concretos, portanto, do reconhecimento da existência de outra normatividade para além da estatal, como também da utilização de metodologias alternativas, prévias ou paralelas, em relação à judicialização de conflitos.

³⁷ FARIÑAS DULCE, María José Fariña. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, n. 7, 2. ed., p. 36, 2006.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 157-159.

³⁹ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 26.

No entanto, ao tratar-se de fontes, cabe refletir sobre diferenças de concepção significativas nas abordagens propostas sobre o tema. Uma primeira ideia seria a utilização de outras fontes, para além da própria norma jurídica estatal, nos casos de ausência de norma específica a ser aplicada ao caso concreto. Trata-se da identificação de lacunas no ordenamento jurídico estatal, possibilitando a consideração dos usos e costumes como fontes secundárias, ou subsidiárias, do Direito, desde que não estejam em conflito com a lei. Nessa direção aborda Bobbio, quando afirma que o costume pode ter vigência em todas as matérias não reguladas pela lei, ou nos casos em que expressamente citado pela lei⁴⁰. Essa concepção não se identifica com conceito de pluralismo jurídico ou pluralismo de fontes aqui desenvolvido. Na referida situação, a centralidade jurídica está no Direito estatal positivado, não havendo, portanto, a efetiva consideração acerca da existência de outros espaços de juridicidade no mesmo contexto geográfico.

De acordo com a perspectiva que parte do monismo jurídico, as normas válidas são produzidas pelo Estado⁴¹. Todas as outras normas, ou ordens normativas, que não tenham essa origem, são consideradas “meros costumes”, práticas isoladas, às vezes misturadas com regras morais e religiosas, por isso sem validade jurídica. Ao não serem formalizadas pelo sistema estatal, são consideradas, muitas vezes, como atrasadas ou ilícitas. Em outros casos, no entanto, quando não contrárias à lei estatal, na medida em que se considera a existência de lacunas, podem ser valoradas como fontes do Direito.

A ideia de pluralismo de fontes, em consonância com a concepção de pluralismo jurídico, tal como se está utilizando nesse trabalho, pressupõe, em primeiro lugar, o reconhecimento da existência de espaços de normatividade em paralelo ao estatal. A utilização dessas fontes pelo Estado para solução de conflitos dependerá da iniciativa de diálogo a ser estabelecido pelo ordenamento jurídico estatal. Pluralismo de fontes pressupõe concepção de Direito como produto cultural.

Entre muitas questões em aberto, vê-se que os autores que tratam do tema defendem diferentes perspectivas teóricas no que se refere à definição de fronteiras em torno da conceituação de Direito não estatal. Diferentes perguntas buscam ser respondidas: Quando o pluralismo social e cultural é também

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 149.

⁴¹ Trata-se da noção de validade formal, portanto normas elaboradas de acordo com as disposições de normas anteriormente válidas, vigentes em determinado território (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991. p. 178-179).

jurídico? O que caracteriza uma ordem normativa não estatal? Seriam normas extraestatais estabelecidas com legitimidade? Ou seriam normas cuja adesão é natural, sem coerção? Ou, ainda, ao contrário, seriam normas que não contam com o aparato coercitivo do Estado, mas que obrigam aos que estão a elas subordinados, independente da adesão às mesmas?

De acordo com Luhmann, o Direito seria formado pelo conjunto normativo resultado das expectativas normativas generalizáveis, cuja função seria a afirmação normativa, mesmo contra os fatos da vida real. O Direito não age sobre a sociedade e a sociedade sobre o Direito. Nas sociedades há Direito como forma de organização social, sendo esse um dos sistemas de comunicação social entre os existentes. Cada sistema, na sociedade moderna, agiria de acordo com sua função e relacionar-se-ia com os demais sistemas, por acoplamentos, ou processo de comunicação entre sistemas, a partir dos equivalentes funcionais de um e outro sistema, os quais provocariam reações internas ao sistema reagente. Portanto, não necessariamente o Direito é estatal para o autor, mas o Direito é um sistema organizado⁴².

De forma crítica, Fariñas Dulce afirma que Luhmann avança em relação ao tradicional funcionalismo, porque faz uma inversão entre os conceitos de estrutura e função, ao definir função como um esquema regulativo de sentido, em superação à concepção apriorística, ou metafísicas, do funcionalismo clássico⁴³. De outra parte, de acordo com a reflexão da autora, Luhmann adota a ideia de ordem social ou de conservação do sistema. O sistema social, portanto, é um sistema de interações ou de comunicações. Ao mesmo tempo, segundo tal concepção, é um sistema fechado e autorreferente, que encontra conexões com o ambiente, o qual o ameaça constantemente. Na visão do autor, a complexidade e as contingências geram uma série de problemas aos sistemas, portanto, seu problema básico é reduzi-las, em nome do equilíbrio, o que recorda o objetivo básico do estrutural funcionalismo⁴⁴.

Tendo como ponto de partida a compreensão social complexa⁴⁵, pode-se afirmar que, embora Luhmann não restrinja o Direito às normas emanadas do Estado e reconheça sistemas jurídicos não estatais, sua concepção não é exatamente de pluralismo jurídico ou de reconhecimento de diferentes

⁴² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-73.

⁴³ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 150.

⁴⁴ Idem, p. 151.

⁴⁵ A perspectiva complexa foi melhor desenvolvida no primeiro capítulo deste livro.

organizações normativas na sociedade, às vezes em harmonia, outras em conflito. Sua teoria sistêmica é útil na construção cognitiva necessária diante da busca de definição de sistema jurídico; no entanto, a ideia de “sistemas autorreferentes”, ou de “autopoiese”⁴⁶, como fechamento dos sistemas às suas próprias regras e lógicas, as quais são alteradas somente por reação ao externo não jurídico, difere da compreensão aqui adotada de sociedade e de Direito.

Fariñas Dulce, de outra parte, considera a existência de diferentes níveis jurídicos referenciados na regulação dos conflitos, enquanto característica das sociedades contemporâneas, o que não impede, na visão da autora, o reconhecimento do papel central e hierarquicamente superior do Direito estatal sobre as demais manifestações de normatividade em dado momento⁴⁷.

Na mesma direção, ou seja, partindo de uma concepção conflitiva da sociedade, Wolkmer afirma que os sistemas normativos refletem graus ou níveis correspondentes à importância que cada grupo tem na esfera social. Cada subgrupo tem “o seu próprio Direito” e toda a sociedade é atravessada por múltiplos níveis legais, concomitantes e semiautônomos⁴⁸.

Não há, portanto, na reflexão proposta pelo autor, uma preocupação objetiva na definição de sistema jurídico não estatal. Parte da constatação da existência de pluralismo social, político e jurídico, como um dado da realidade, não uma construção teórica. Ao contrário, entende o autor que o “centralismo jurídico é um mito, um clamor, uma ilusão”⁴⁹, uma artificialidade construída ao longo da história moderna, que dificulta o desenvolvimento da teoria do Direito adequada aos tempos atuais.

Dessa forma, ganha importância não a teoria sistêmica, de origem funcional estruturalista, mas a compreensão sociológica do Direito. Trata-se de conceber a norma estatal como parte da sociedade e expressão das correlações de forças existentes em cada contexto social, em dado tempo. Independentemente da produção síntese, que reflete um determinado momento histórico, prossegue a coexistência de normatividades sobrepostas, nas quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos. Em algumas situações, o Direito estatal impõe-se,

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Revista Enfoque sociológico da teoria e da Prática do Direito*, Florianópolis, n. 28, p. 17, 1994.

⁴⁷ FARIÑAS DULCE, Maria José. *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 83-184.

⁴⁹ *Idem*, p. 185.

em outros momentos o Estado não chega a estar presente, e a solução dá-se de acordo com outras referências morais e jurídicas.

De acordo com o referencial teórico aqui utilizado⁵⁰, a perspectiva pluralista do Direito, desde que concebida de forma crítica e em relação direta com a realidade social onde está inserida, trata-se de um novo paradigma ou uma nova compreensão que fundamenta a intervenção jurídica.

Nesse sentido, cabe referir a compreensão de paradigma desenvolvida por Kuhn, para quem paradigma seria um conjunto de conceitos universalmente reconhecidos que proporcionam mecanismos de problematização e de soluções a uma comunidade de investigadores durante certo tempo. Deve tratar-se de um tipo de trabalho científico, reconhecido como promotor, ou fundador, de uma tradição particular e coerente de investigação científica, que, na medida em que colocada em prática, atrai um conjunto de investigadores, os quais a preferem a qualquer outra. Também refere o autor a necessidade de coerência, que permita o nascimento de um estilo científico ou de uma escola científica. O paradigma deve abrir perspectivas suficientemente amplas para oferecer ao grupo de investigadores, que o adotem, a possibilidade produzir respostas a vários problema⁵¹.

Desde outro ponto de vista, Morin afirma que paradigmas são “princípios supralógicos de organização do pensamento [...] princípios ocultos que governam a nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência”⁵². A afirmação é interessante, na medida em que lida com o fato de que as pessoas partem de pressupostos paradigmáticos, sem, necessariamente, racionalizarem as opções que fazem e a aplicação destas à realidade. Complementa o autor, afirmando que um paradigma é “[...] um certo tipo de relação lógica extremamente forte entre noções mestras, noções chave e princípios chave. Esta relação e esses princípios vão comandar todos os propósitos que obedecem inconscientemente ao seu império”⁵³.

Embora em diferentes perspectivas, os dois autores conceituam paradigmas como modelos de referência, ou esquemas de interpretação, que, no tema em questão, estariam referenciando a possibilidade de compreender o Direito desde uma perspectiva restritamente estatal, ou uma concepção de

⁵⁰ WOLKMER, Antônio Carlos; FARIÑAS DULCE, Maria José; ARNAUD, André-Jean.

⁵¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 218.

⁵² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. p. 15.

⁵³ Idem, p. 85.

Direito pluralista, referenciada no contexto social onde se insere. Faria assinala que, em alguns momentos históricos, os paradigmas que até então contavam com maior hegemonia social entram em crise, por não conseguirem mais fornecer orientações ou diretrizes capazes sustentar o trabalho científico. Não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte dos problemas e o universo científico que lhes corresponde, gradativamente, começa a gerar erros, não fornecendo as condições teóricas necessárias para que se possa pensar a realidade⁵⁴. Nessa direção, constitui-se a reflexão aqui proposta, ou seja, a concepção de Direito fundada em uma visão monista não vem correspondendo às necessidades sociais e não tem conseguido dar conta das respostas esperadas por vários segmentos sociais.

Entende Arnaud que são jurídicas as regras que têm vocação de tornarem-se Direito. Tais normas, no entanto, diferenciam-se do que conceitua ser Direito. Para o autor, Direito é o conjunto princípios e regras com caráter normativo que rege relações de grupos e sociedades, aos quais as pessoas estão submetidas por relações pessoais, reais ou territoriais, sob as crenças da legitimidade da autoridade que as emana; do caráter superior certo e válido das normas e sua correspondência com valores da civilização, como justiça, moralidade, ordem; do caráter obrigatório; bem como da legitimidade e necessidade das sanções, assim como das autoridades que as aplicam⁵⁵.

Para o autor, portanto, Direito não é apenas Direito estatal. No entanto, nem tudo o que é normativo pode ser reconhecido como Direito. É necessário que estejam presentes os elementos da legitimidade e da justificação moral ou a fundamentação em valores consolidados historicamente.

Essas características conferem ao Direito normatividade especial e fazem da juridicidade um processo diferenciado frente às demais normas sociais. Portanto, é necessário designar de forma diferenciada normatividade jurídica em sentido amplo, de Direito estatal, em sentido estrito⁵⁶. Para o autor, os demais “sistemas jurídicos vulgares” concorrem com o Direito estatal em vigor, com possibilidade de vir a sê-lo, na medida em que os comportamentos das pessoas, que a eles pertencem, sejam contrários ao Direito estatal, acreditando realizá-lo legitimamente. Dessa forma, o campo jurídico vulgar pode ser definido como o das “pacíficas transgressões” de elementos do imaginário em elementos de

⁵⁴ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1991. p. 26.

⁵⁵ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 258-260.

⁵⁶ Idem, p. 261.

Direito, mediante uma materialização que se confirma paralela e em oposição ao Direito em vigor⁵⁷.

O eventual conflito normativo ocorre, enquanto conflito de razões jurídicas, na medida em que cada normatividade entra em contato com a outra a partir da racionalidade jurídica própria. Do contato entre razões diferentes poderá surgir uma mudança jurídica ou várias possibilidades, desde inovações, simples adaptações, lacunas no velho sistema ou recuperação do novo pelo velho⁵⁸.

A identificação de racionalidades diferentes é uma das possibilidades de diálogo ou da utilização de distintas fontes jurídicas. Para que haja diálogo é necessário utilizar uma linguagem em comum e pode-se dizer que a justificação de pontos de vista distintos, uns aos outros, é uma forma de acordo semântico ou de demonstração de racionalidade. Trata-se da produção conjunta de um conhecimento coletivo, a partir do reconhecimento da racionalidade ou da cultura de onde parte o interlocutor⁵⁹.

Portanto, de acordo com a posição de Arnaud, a dicotomia entre o Direito estatal e os demais âmbitos jurídicos é estabelecida a partir discurso intelectual⁶⁰. Desde essa perspectiva, o Direito estatal é Direito na medida em que estabelecido por autoridade legítima, referenciado em valores de justiça, e sua imposição dá-se respaldada pela força coativa. A reação conflitiva com os demais sistemas normativos não é negativa, mas é compreendida como parte do processo de relação intersubjetivo.

Wolkmer fixa outros critérios para a consideração de ordens normativas, comunitárias e alternativas, como “fundamentos de efetividade material”, baseados na satisfação de necessidades materiais; e “fundamentos de efetividade formal”, alicerçados na reorganização de espaços públicos, mediante a efetivação de uma democracia participativa e de uma ética da alteridade⁶¹. Entende o autor que adquirem legitimidade os sujeitos sociais, ou de direito coletivo, na medida em que edificam uma nova “cultura societária de base”, a qual se legitima para a proposição de direitos, na medida em que esses são a expressão de satisfação de necessidades humanas fundamentais. Com isso se excluem de legitimidade

⁵⁷ Idem, p. 265-266.

⁵⁸ Idem, p. 267.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo...*, p. 420-421.

⁶⁰ ARNAUD, André-Jean; FARÍÑAS DULCE, Maria José. Op. cit., p. 270.

⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 207.

aqueles movimentos ou sujeitos sociais que não estão baseados em valores de justiça ou não são fundados nos interesses do povo marginalizado⁶².

Os critérios definidos pelos autores contribuem para a construção e os pressupostos para o presente estudo. Entende-se que se trata de diferenciar espaços de normatividade não estatais em dois níveis. Um primeiro nível diz respeito ao reconhecimento da existência de normatividades não estatais, nas quais as pessoas referenciam-se para a solução de conflitos, de forma autônoma, ou interdependente ao sistema estatal, sendo legítimos ou não os seus meios ou os seus valores. Nesse campo, poder-se-ia referir aos planos normativos que impõem regras de conduta em comunidades das periferias brasileiras, obrigando aos sujeitos que vivem em seus respectivos espaços de influência, independente da vontade ou da adesão aos seus propósitos. Em regra, são planos normativos que não estão preocupados com a efetivação de direitos fundamentais. Tais normas, ainda que não sirvam de fonte para a solução de conflitos, precisam ser reconhecidas, como forma de compreender as referências que os sujeitos sociais utilizam em suas respectivas condutas.

Em outro nível estariam os espaços de juridicidade legitimados formal e materialmente. Nesse campo poderiam situar-se as normas de conduta e os mecanismos de solução de conflitos, que, embora contrários ao sistema estatal *strito sensu*, ou diferentes das disposições legais em alguma medida, são coerentes com os princípios constitucionais e buscam a efetivação de direitos fundamentais. Tais normatividades, além de reconhecidas como existentes, podem ser utilizadas como fonte normativa para a solução de conflitos por parte do Estado.

O fato é que a possibilidade de efetivação de direitos fundamentais, de âmbito constitucional nacional, ou dos direitos humanos, enquanto materialização da dignidade humana, em âmbito supranacional, pressupõe a afirmação de uma concepção dialógica, pluralista e de reconhecimento. Conforme Herrera Flores, os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam de uma visão complexa, de racionalidade de resistência e de práticas interculturais. Os direitos humanos não são apenas declarações textuais, nem são produto de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que buscam inserir os seres humanos nos circuitos de reprodução e manutenção da vida, abrindo espaços de luta e de reivindicações⁶³.

⁶² Idem, p. 289.

⁶³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Hacia una vision compleja de los derechos...*, p. 61.

É necessário efetivar direitos, como pressuposto para o reconhecimento das pessoas e de sua dignidade. Todavia, os direitos tornam-se vazios sem as pessoas concretas, sem a consideração objetiva de suas respectivas realidades culturais e normativas. O Direito estatal, se legítimo e coerente com valores de justiça, ainda assim necessita dialogar com a realidade, entender a lógica discursiva dos sujeitos concretos, bem como sua racionalidade como fonte normativa.

4 ANÁLISE DE DADOS DA PESQUISA: A DIFICULDADE DE RECONHECIMENTO DO FATO SOCIAL COMO ELEMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

Embora se tenha avançado muitíssimo na disciplina jurídica contemporânea, como se verifica, por exemplo, nas vinculações entre Direito Civil e Constituição⁶⁴, esta dificuldade ainda se encontra presente no cenário contemporâneo, como se observa através da pesquisa quali-quantitativa realizada em dois Tribunais de Justiça estaduais. Para demonstrar esta dificuldade do Direito pátrio no reconhecimento do fato social como elemento integrante do sistema, elegeu-se a figura jurídica da paternidade – por ser socialmente significativa e não ter vinculações ideológicas preponderantes –, buscando verificar a existência ou não do predomínio da racionalidade monista do Direito nas decisões contemporâneas.

Foram escolhidos dois Tribunais estaduais como foco de pesquisa. Primeiramente, foi escolhido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por caracterizar-se como elemento de fala da relação espaço-temporal em que este trabalho é escrito. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ser Estado berço da Escola do Direito Civil-Constitucional, que se apresentou como escola importante na construção da noção de pluralismo jurídico.

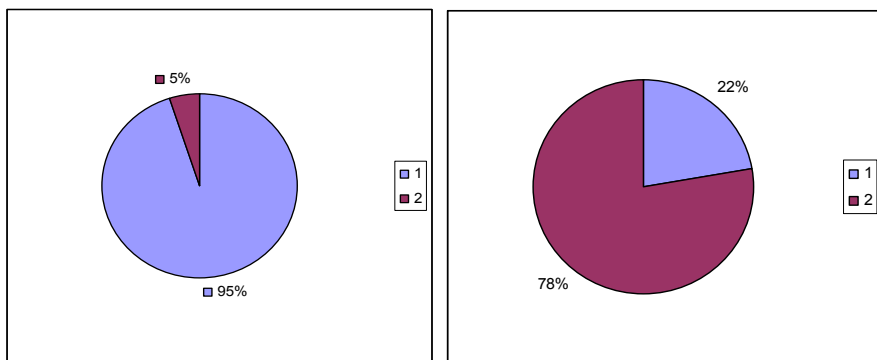
A amostra foi composta por um censo de dois momentos. Compuseram a primeira amostra de análise todas as decisões jurisprudenciais disponíveis na Internet, no período de 10.01.2003⁶⁵ a 31.12.2006, que tiveram em seu texto a expressão “paternidade”. Ao todo foram encontradas e analisadas 400 decisões.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*.

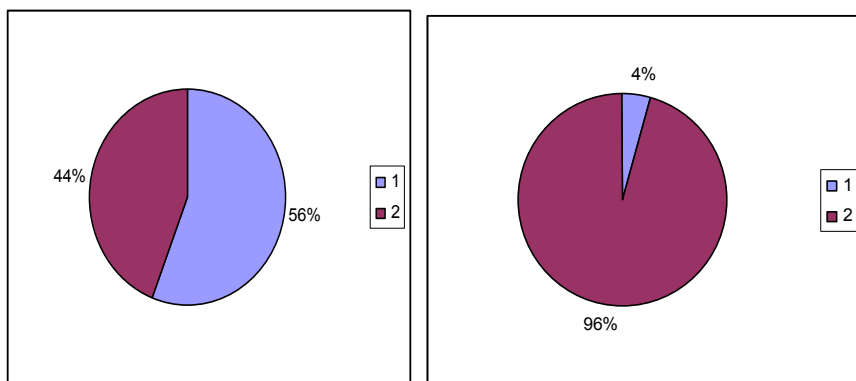
⁶⁵ Por ser tema de direito civil, data da entrada em vigor da Codificação Civil brasileira, sem prejuízo das eventuais divergências de entendimento que poderiam levar à variação de 1 ou 2 dias.

A segunda amostra foi coletada nos últimos três anos, de 30.06.2010 a 30.06.2013⁶⁶ (a fim de repetir o paradigma aplicado anteriormente). Foram encontradas no total 1.100 decisões.

Com relação à primeira amostra, tem-se o seguinte panorama acerca da paternidade. Das decisões gaúchas, 95% envolviam demandas que pudessem colocar em análise questões referentes à paternidade biológica *versus* a socioafetiva. No Rio de Janeiro, 22,33% apresentavam esta condição. As demais não mencionaram este tema.

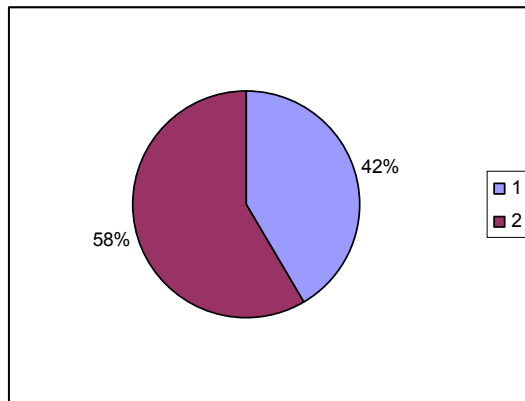


Com relação ao privilégio da filiação socioafetiva sobre a biológica, tem-se os seguintes percentuais. Das decisões analisadas no TJRS, 55,78% privilegiaram a socioafetividade em detrimento da paternidade biológica. Já no TJRJ, apenas 4,47% assim o fizeram.



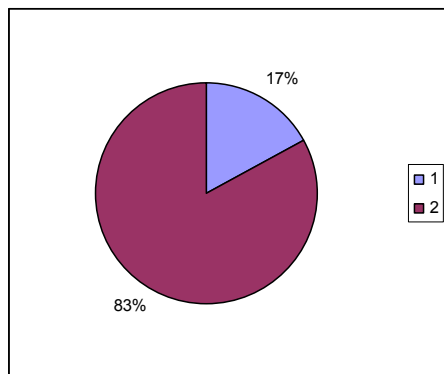
⁶⁶ A coleta da amostra do TJRJ apresenta variação de 6 meses, pois somente é possível identificação anual. Então, é composta de decisões de 01.01.2010 até 30.06.2010.

Privilegiando a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva, encontrou-se, no Rio de Janeiro, 41,79% das decisões, sendo que a integralidade destas fazia remissão ao DNA como técnica científica segura para o objetivo de identificação da paternidade. As demais 58,21% diziam respeito a outros temas em Direito de Família. Das decisões que privilegiaram o DNA, 25% propugnam que esta técnica é suficiente à identificação da verdade real em detrimento de verdade ficta, e 7,14% delas informa que outra forma de reconhecimento, que não o apontado estritamente no DNA, importaria em erro.

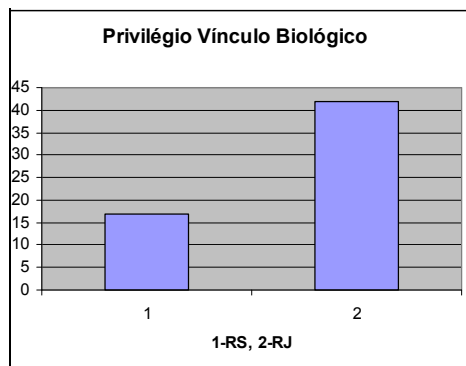
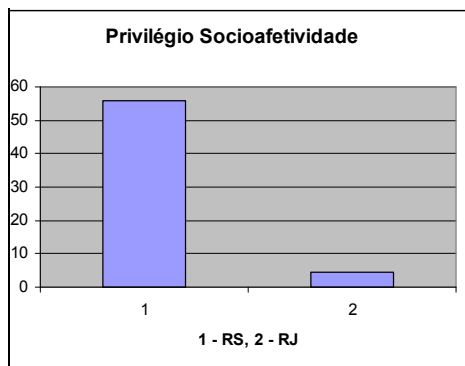


Ainda no Rio de Janeiro, enquanto 4,47% das decisões privilegiaram expressamente a paternidade socioafetiva sobre a biológica, 8,95% do total acabam por obter o mesmo efeito, afirmando que a manifestação de vontade, sem vícios, perante o registro civil tem caráter irrevogável, e 7,46% reconhecem, em conjunto com a irrevogabilidade, a existência de adoção à brasileira⁶⁷. No Rio Grande do Sul, 16,84% das decisões analisadas dá prioridade à verdade biológica sobre a socioafetiva, sendo que, destas, 5,33% encontra principal fundamento no erro. Destas decisões, 1,2% veda o reconhecimento da paternidade socioafetiva somente para fins patrimoniais.

⁶⁷ “A prática difundida, de proceder ao registro de filho de outrem como próprio é que passou a ser chamada de adoção à brasileira.” (Maria Berenice Dias, *Manual do direito das famílias*, p. 336)



Tem-se, então, como dados comparativos os seguintes índices: no TJRS, 55,78% das decisões privilegiam a filiação socioafetiva sobre a biológica; enquanto que, no TJRJ, somente 4,47%.



No Rio Grande do Sul, 16,84% das decisões analisadas privilegiam a verdade biológica sobre a socioafetiva, enquanto que, no Rio de Janeiro, 41,79% assim o faz. Enquanto no Rio Grande do Sul 3,15% menciona expressamente o afeto como ponto relevante no reconhecimento da paternidade, nenhuma decisão do Tribunal do Rio de Janeiro assim o fez.

Os dados, ora apresentados, contribuem para a constatação de que a prova exclusivamente técnica do exame de DNA ainda encontra espaço relevante como fundamento de decisões que envolvam conflito entre a paternidade socioafetiva e a biológica.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer do afeto que, embora já tenha alcançado papel jurídico⁶⁸, ainda encontra manifestação explícita tímida de sua relevância, na ocasião do efetivo julgamento. De outro lado, julgados como os que seguem demonstram que a preponderância da técnica sobre os elementos de composição do caso concreto efetivamente são valorados com maior ênfase face à certeza que apresentam:

Ação de investigação de paternidade. Prova. Exame de DNA. Alimentos. Maioridade verificada no curso do processo. Litigância de má-fé. O exame de DNA goza de certeza científica, por isso é prova cabal para a afirmação da paternidade. [...] Recurso provido em parte. (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.18576, 13ª Câmara Cível, Desª Nametala Machado Jorge, J. 14.12.2005)

Ação negatória de paternidade. Imprescritibilidade. Tratando-se de demanda em que se discute a filiação, tema relativo ao estado das pessoas, a imposição de prazo prescricional significaria a prevalência da verdade fictícia sobre a real, em tempos em que o exame de DNA atesta, com grande dose de certeza, a real paternidade. Provimento do recurso. Reforma da sentença para julgar procedente o pedido de desconstituição do registro de nascimento da apelada. (TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.40496, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Cesar Siqueira, J. 31.10.2006)

Na segunda amostra, das 1.880 decisões apontadas, tem-se 237 em condições de efetivar comparativo entre a paternidade biológica e socioafetiva, mas, em todos os casos (100%), quando há referência à disputa, encontra-se justificativa para aplicação de uma ou outra no fato social.

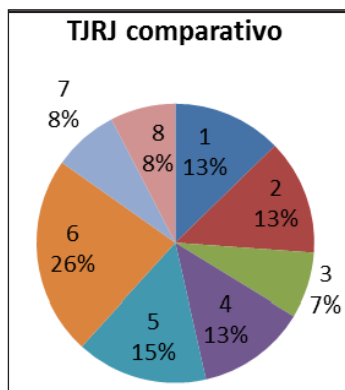
Há somente 2 casos que se referem à existência de verdade real e condicionam a verdade real à vida. Ou seja, a indicação de verdade jurídica surge do fato social.

Já o Tribunal do Rio de Janeiro apresenta 220 decisões. Destas, 50 são possíveis de análise com a temática proposta. Destas, 35 têm resultado que interessa esta pesquisa, as demais foram descartadas.

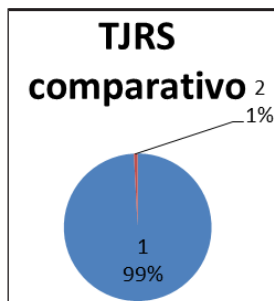
⁶⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 485-511.

Do universo de 35 casos, tem-se a seguinte tabela de resultados:

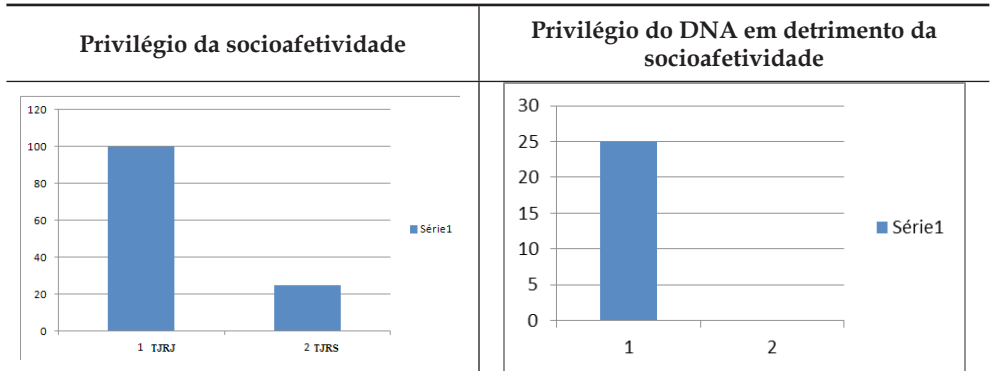
Verdade real vinculada à investigação <i>post mortem</i>	14,2%
Vínculo afetivo reconhecido como verdade real	15%
Verdade real atrelada ao conhecimento da identidade genética	8,5%
Concessão de negatória de paternidade porque privilegia o DNA e também não apresenta vínculo socioafetivo, fazendo referência “àqueles que referem existir”	14,2%
Negatória de paternidade sem fazer referência à relação socioafetiva	17,1%
Privilégio do DNA sobre a relação socioafetiva	25,71%
Reconhecimento de paternidade socioafetiva	8,5%
Reconhecimento de paternidade somente com vínculo biológico	8,5%



O gráfico atual é bastante significativo ao apontar que cerca de 26% das decisões ainda permanece sem reconhecer o fato social da socioafetividade como significativo. Ou seja, considerando que o direito estatal não criou este instituto jurídico, mas sim a prática social, há muita dificuldade em operar com ele.



No TJRS, 100% das decisões que enfrenta o tema privilegia a socioafetividade, somente deixando de reconhecê-la quando ausente. E em 1% dos casos ainda faz referência da verdade real como sendo a socioafetiva. Na comparação entre os Tribunais, tem-se uma mudança paulatina do TJRJ e uma manutenção de entendimento do TJRS.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito brasileiro permanece extremamente vinculado ao paradigma de segurança oriundo das regras prévias às situações e do monismo jurídico. No momento em que são indicados como fundamentos para utilização de determinada prova, “a dose de certeza”, ou mesmo “a certeza científica” que possui, pode acabar passando largo de questionamentos essenciais acerca da eficácia para o caso concreto ou mesmo da preservação de direitos fundamentais das pessoas envolvidas. Privilegia-se a técnica em detrimento do ser humano envolvido nos casos concretos específicos.

Como foi desenvolvido neste artigo, parte-se da compreensão de que o Direito é uma produção cultural e social normativa. O direito estatal é um esforço normativo síntese dos conflitos sociais e políticos presentes no momento em que foi elaborado e, de outra parte, gerador de conflitos, na medida em que, quando aplicado, se relaciona com as demais concepções normativas coexistentes socialmente.

Tradicionalmente, as relações postas em prática entre o ordenamento jurídico estatal e as demais organizações sociais e jurídicas estiveram fundamentadas na concepção monista de Direito e no pensamento positivista tradicional, ou seja, nas ideias de completude do ordenamento jurídico estatal e de certeza científica do Direito. No entanto, faz-se necessário o reconhecimento

de uma perspectiva sociológica do Direito. Tal concepção, em alguma medida, foi incorporada aos ordenamentos jurídicos ocidentais nas constituições federais elaboradas no final do último milênio. No entanto, face ao caráter aberto dessas constituições, sua interpretação em diálogo com a realidade social ainda requer certa inflexão. Trata-se da necessidade de compreensão do Direito em uma perspectiva aberta ao diálogo, para além do direito estatal, mas em busca de legitimidade a partir das consequências de sua aplicação nos contextos em que irá incidir.

A opção pela consideração de uma perspectiva sociológica do Direito é também o reconhecimento de que, junto ao direito estatal, existem outros espaços de juridicidade que, com aquele, coexistem em complementaridade, autonomia ou em conflito. O fato é que os planos normativos, em paralelo, são utilizados pelas pessoas como referência para a solução de conflitos e fundamentam-se, por sua vez, em conceitos de justiça, também paralelos. Mais especificamente, diferentes modelos familiares são adotados como soluções encontradas pelas pessoas nas várias relações que constroem no cotidiano. Diante da multiplicidade social, os cidadãos organizam suas vidas perante esses vários extratos, seja no âmbito local, nacional ou supranacional.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

ASSIS, Simone. *Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo constitucionalismo brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Séculos XIX e XX. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte. UFMG, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BRONZE, José Fernando. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

DUARTE, Luís Fernando; ROPA, Daniela. Considerações teóricas sobre a questão do “atendimento psicológico” às classes trabalhadoras. In: FIGUEIRA, Sérvulo A. *Cultura e psicanálise*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DUSSEL, Enrique. *Caminhos de libertação latino-americana*. História colonialismo e libertação. São Paulo: Edições Paulinas, t. II, 1986.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: Edusp, 1991.

FARIÑAS DULCE, Maria José. Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud posmoderna”. *Cadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid: Dykinsoln S. L., n. 7, 2. ed., 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA, Cláudia; SCHUCH, Patrícia. *Políticas de proteção à infância: um olhar antropológico*. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2009.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una vision compleja de los derechos humanos. In: HERRERA FLORES, Joaquín (De.). *El Vuelo de Anteo - Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 4. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Critella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Enfoque sociológico da teoria e da prática do direito*. Sequência nº 28. Florianópolis: UFSC, 1994.

_____. *Sociologia do direito* 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: HUCITEC, 1998.

MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: the semi autonomous social field as an Appropriate Subject of Study. *Law of Study Review*, n. 7, p. 723, 1973.

MOREIRA, Nelson Camata. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: ITEC – Nota Dez, 2004.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Transconstitucionalismo. Tese apresentada no concurso para o provimento do cargo de professor titular na área de Direito Constitucional ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *A margem do direito (ensaio de psychologia jurídica)*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1912.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A criticada razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A gramática do tempo*. Para uma nova cultura política. Porto Alegre: Afrontamento, 2006.

SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Ricardo Timm. Sobre as origens da filosofia do diálogo: algumas aproximações iniciais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUDBRAK, Maria de Fátima Olivier. Adolescentes e transgressão: grupos de socialização, margem e desvio. Texto inédito produzido para fins didáticos do Curso Extensão Universitária no Contexto da Educação Continuada do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal da Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Bointempo, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. II, 2002.

_____. *Introdução ao direito I*. Interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito, p. 193. In: MORAES, José Luis Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de George Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justiça*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta*. As organizações populares e o significado da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. Gangues, galeras e quadrilhas: globalização, cultura e violência. In: VIANNA, H. (Org.). *Galeras cariocas: territórios de conflitos e encontros culturais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

