

Paternidade homoparental

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

As alterações ocorridas no modelo tradicional da sociedade não comprometeram os vínculos familiares nem acabaram com a família, que permanece sendo *reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar*.^[1] Como bem diz Giselda Hironaka,^[2] *mudam os costumes, os homens e a história, só não muda a atávica necessidade de cada um de saber que, em algum lugar, se encontra o seu porto e seu refúgio, vale dizer o seio de sua família*.

No contexto de um mundo globalizado, as pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, partiram em busca da realização dos sonhos de felicidade, não se vendo premidas a permanecer dentro de estruturas preestabelecidas e asfixiantes. A preservação da liberdade de escolha e o direito de assumir os próprios desejos geraram a possibilidade de transitar de uma estrutura de vida para outra que pareça mais atrativa e gratificante. Essas mudanças cunharam um perfil diferenciado aos arranjos familiares, tornando imperiosa a busca de novos referenciais para albergar, no conceito de família, os vínculos distanciados da estrutura convencional imposta por uma sociedade conservadora, que reconhecia somente a união de um homem e uma mulher sacralizada pelos laços do matrimônio.

As realidades vivenciais, afastadas do selo da oficialidade, ainda que sem nome e sem lei, foram em busca de direitos, obrigações e reconhecimento. O sistema jurídico não resistiu às mudanças. A jurisprudência, por medo de comprometer a instituição do casamento, só conseguiu ver como uma **sociedade de fato** o que nada mais era do que uma **sociedade de afeto**, sem dar ouvido a João Baptista Villela: *a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor*.^[3] Exclusivamente

para impedir o enriquecimento ilícito, as relações extramatrimoniais eram tratadas como sociedades comerciais, determinando-se a repartição dos lucros, isto é, a divisão dos bens adquiridos no período de convívio. Em vez de invocarem o Direito de Família, socorriam-se os juízes do Direito das Obrigações, chamando de sócios quem se uniu por amor em busca de uma comunhão de vidas.

A Constituição Federal de 1988 foi sensível à nova realidade. A proteção assegurada histórica e unicamente ao **casamento** passou a ser concedida à **família**. Além do casamento, foram reconhecidas outras entidades familiares, ainda que elencadas somente a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade dos pais com seus descendentes. Sendo uma norma de inclusão, como registra Paulo Luiz Lôbo, a enumeração é meramente exemplificativa, o que não permite *excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade*.^[4] Assim, ainda que abrangente, não é exauriente o rol constitucional que não alberga todos os universos familiares merecedores de proteção. A convivência dos filhos que não contam com a presença dos pais, os avós ou tios que criam os netos e os sobrinhos não podem ficar fora do conceito de família. Também descabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo que mantêm uma relação pontificada pelo afeto, merecendo a denominação de uniões homoafetivas.^[5]

A família desvinculou-se do modelo originário. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética romperam o paradigma: casamento, sexo e procriação. Caiu o mito da virgindade. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.

O conceito de família precisou ser reinventado. As relações extramatrimoniais dispõem de assento constitucional, e as uniões homoafetivas vêm sendo reconhecidas pela jurisprudência^[6] como entidades familiares.

A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar.

O afeto é que conjuga.[7] O envolvimento emocional, o sentimento do amor que aproxima almas, enlaça vidas e embaralha patrimônios, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, revelam o nascimento de uma família, a merecer abrigo no Direito de Família.

Não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam.[8] Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais. Tais foram as mudanças, que a Constituição acabou com a *perversa classificação dos filhos*, diferenciação *hipócrita e injustificável*, enfatiza Zeno Veloso, *como se as crianças inocentes fossem mercadorias expostas em prateleiras de mercadorias, umas de primeira, outras de segunda, havendo, ainda, as mais infelizes, de terceira classe ou categoria.*[9]

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família **eudemonista**, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.[10]

A facilidade de descobrir a verdade genética, com significativo grau de certeza, desencadeou uma verdadeira corrida na busca da verdade real, atropelando a verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais. À Justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consangüinidade. No confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse de quem era disputado por mais de uma pessoa. Prestigiando o comando constitucional, que assegura com absoluta prioridade o interesse de crianças e adolescentes, regra exaustiva e atentamente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram os juízes a investigar quem a criança considera pai e quem a ama como filho. O prestígio à afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a **filiação socioafetiva**, que acabou se sobrepondo à realidade biológica.

A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. A valiosa interação do Direito com as ciências psico-sociais ultrapassou os limites do direito normatizado e permitiu a investigação do justo buscando mais a realidade psíquica do que a verdade eleita pela lei. Para dirimir as controvérsias que surgem – em número cada vez mais

significativo – em decorrência da manipulação genética, prevalece a mesma orientação. Popularizaram-se os métodos reprodutivos de fecundação assistida, cessão do útero, comercialização de óvulos ou espermatozóides, locação de útero, e todos viram a possibilidade de realizar o sonho de ter filhos.

Nesse caleidoscópio de possibilidades, os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da **posse do estado de filho**, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege.[11]

Para evitar confronto ético, acabou sendo imposto o anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética. Mas essa verdade não interessa, pois o filho foi gerado pelo afeto, e *não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor*. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a **filiação socioafetiva**. Ainda segundo Fachin, a verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas um fato da cultura, *está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen*. [12]

Se a família, como diz João Baptista Villela, deixou de ser *unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, o que imprimiu considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade*,[13] imperioso questionar os vínculos parentais nas estruturas familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Se está à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

As situações são várias, cabendo lembrar as que surgem com mais freqüência. Após a separação

com prole, o pai ou a mãe que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual e passa a viver com alguém do mesmo sexo. O companheiro do genitor não é nem pai nem mãe dos menores, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Não raro o parceiro participa da criação, desenvolvimento e educação das crianças, passando a exercer a função parental.

Outra opção cada vez mais comum é um do par se submeter à reprodução assistida. Este será o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Os *gays* utilizam espermatozoides de um ou de ambos, e, realizada a fecundação *in vitro*, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel. As lésbicas muitas vezes optam pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo. Nessas hipóteses, o pai ou a mãe biológica é somente um deles, ainda que o filho tenha sido concebido por amor, processo do qual participaram os dois.

A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. A esse apelo só pode responder um dos parceiros. No entanto, mesmo sendo adotada por um, a criança vai ter dois pais ou duas mães.

Em todas essas hipóteses, permitir que exclusivamente o pai (biológico ou adotante) tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo: a tutela jurídica dos vínculos afetivos, pois *não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe*, como lembra Sérgio Resende de Barros.^[14]

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar. Como lembra Zeno Veloso, o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito de Família é *fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor (favor filii)*.^[15]

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa idéia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o bom desenvolvimento de uma criança. Também é alegado que a falta de referências comportamentais pode acarretar seqüelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. Mas estudos realizados a longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.

Está na hora de acabar com a hipocrisia.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados a mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que reconhecer como atual e adequada a observação de Clovis Bevilacqua^[16] ao visualizar um *misto de cinismo e de iniquidade*, chamando de *absurda e injusta* a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.

Outra não é a adjectivação que merecem os dispositivos do Projeto de Lei da Parceria Civil Registrada, de nº 1.151/95, e do Pacto de Solidariedade, de nº 5.252/2002, que vedam quaisquer disposições sobre *adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros ou pactuantes*. Cabe repetir as *palavras indignadas* de Cimbali: *Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cynismo, subvertem, por completo, os mais sagrados principios da*

responsabilidade humana.[17]

Agora, pelo jeito, se está chamando de espúrio o filho pelo simples fato de, em vez de um pai e uma mãe, ter dois pais ou duas mães. Quem sabe a intenção é arrancá-lo de sua família, que, como toda família, *é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.*[18]

Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, quem o filho considera seu pai, sem perquirir a realidade biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois família, como afirma Lacan, não é um grupo natural, mas um grupo cultural, e *não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos*, conforme bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira: *a família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente.* Assim, nada significa ter um ou mais pais, serem eles do mesmo ou de sexos diferentes.

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva, pois, como diz Giselle Groeninga, *a criança necessita de pais que transmitam a verdade dos afetos.*[19] Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida em 1988 pela Constituição Federal.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As relações familiares são *funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe*,[20] e a negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o respeito à dignidade, à igualdade, à identidade. Não se pode esquecer que crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, e negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: *lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade.*[21]

[1] ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 198.

[2] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução. Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

[3] VILLELA, João Baptista. *As novas relações de família. Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, 2002, p. 95.

[5] Expressão cunhada pela autora na obra intitulada *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[6] No julgamento da Apelação Cível nº 70001388982, a Sétima Câmara Cível do TJRS, Relator o Des. José Carlos Teixeira Georgis, pela primeira vez concedeu direitos hereditários ao parceiro sobrevivente, orientação que vem sendo adotada por outros tribunais.

[7] BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

[8] ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.

[9] VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90.

[10] CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família. Anais do I Congresso de Direito de Família*, Belo Horizonte, 1988, p. 486.

[11] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

[12] FACHIN, LuizEdson. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

[13] Villela. João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404.

[14] BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

[15] VELOSO, ZENO. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

[16] BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941, v. II, p. 329.

[17] in BEVILAQUA, op. loc. cit.

[18] ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003, p. 198.

[19] GROENINGA, Giselle. *O secreto dos afetos – a mentira*. Boletim do IBDFAM, nº 19, mar/abr 1993, p. 7.

[20] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed. 2001, p. 93.

[21] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

(Artigo publicado na obra coletiva *Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*, Imago Editora, Rio de Janeiro, 2003, pp. 269/275 e no CD-ROM *CD Jurídico*, Editora IRD, Poços de Caldas - MG, janeiro de 2004).