

Filiação homoafetiva

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

O conceito de família precisou ser reinventado em face das alterações ocorridas no modelo tradicional dos vínculos familiares. As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, por se sentirem mais livres, partiram em busca da realização do sonho de felicidade, distanciando-se da estrutura convencional do casamento.

As relações sem o selo da oficialidade encontraram abrigo na Constituição Federal, que assegurou proteção não só ao casamento, mas a entidades familiares outras, ainda que tenham sido elencadas somente a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade dos pais com seus descendentes. Como registra Paulo Luiz Lôbo, a enumeração do § 3º do art. 226 é meramente exemplificativa, o que não permite *excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade*.[\[2\]](#) Assim, ainda que abrangente o conceito, não é exauriente o rol constitucional, pois não alberga todos os universos familiares merecedores de proteção.

Mister reconhecer que é a presença de um elo de afetividade que gera uma entidade familiar a ser abrigada no Direito de Família. Desse conceito de família não podem ser excluídos os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que, com a denominação de uniões homoafetivas,[\[3\]](#) vêm sendo reconhecidas pela jurisprudência.[\[4\]](#)

Não só a família, também a filiação foi alvo de profunda transformação. Das presunções legais de paternidade, chegou-se à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade das ações para perquirir os vínculos de parentalidade. O afeto é o elemento identificador das entidades familiares, e é esse mesmo sentimento que serve de

parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A jurisprudência passou a atentar no melhor interesse da criança e a deferir a filiação a quem ela considera pai e que a ama como filha. Tal fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica.

Com o surgimento dos métodos reprodutivos de fecundação assistida e de manipulação genética, o sonho de ter filhos se aproximou da realidade. Assim, todos, independente da capacidade reprodutiva, vivendo sozinhos ou sendo casados, mantendo união estável hetero ou homossexual, todos viram assegurado o direito de constituir uma família. Esse caleidoscópio de possibilidades impõe que se reconheça que crianças e adolescentes vivem em lares de pessoas do mesmo sexo. Pretender excluir esse direito de *gays* e *lésbicas* é postura discriminatória com nítido caráter punitivo.

Situação que surge com freqüência é um do par se submeter à reprodução assistida. Será o pai ou a mãe somente quem se submeteu ao procedimento procriativo? O parceiro ou a parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, mesmo que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos? Legalmente, pai ou mãe será somente o pai ou a mãe biológica, isto é, somente um deles, ainda que o filho tenha sido concebido por amor, processo do qual participaram os dois. Permitir exclusivamente que o vínculo biológico identifique o vínculo jurídico é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo.

Não é possível olvidar que, para evitar confronto ético, acabou sendo imposto o anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética. Por isso, 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*, segundo Luiz Edson Fachin.[\[5\]](#) Os vínculos de filiação não podem ser buscados na realidade

biológica, pois a definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho.

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas tornam 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 essa 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, identificada uma união estável e estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, 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)*.[\[6\]](#)

Está na hora de acabar com a hipocrisia.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só têm uma triste seqüela: os filhos são deixados à 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[\[7\]](#) 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 adjetivação 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, ainda que dirigidas ao estatuto civil pretérito: *Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana.* [\[8\]](#)

Agora, pelo jeito, está-se 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.* [\[9\]](#)

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, como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, *família é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente.* [\[10\]](#)

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva. Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916, que, em boa hora, foi banida pela Constituição Federal de 1988.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Rejeitar a homoparentalidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais. 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.* [\[11\]](#)

Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II, 1941.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Homoafetividade, o que diz a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro:

Jorge Zahar. 2003.

VELOSO, ZENÓ. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

Publicado em 27/08/2006.

[1] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

www.mariaberenice.com.br

[2] 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.

[3] Expressão cunhada pela autora na obra intitulada “União Homossexual: o preconceito e a Justiça”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[4] As pioneiras decisões da Justiça gaúcha que reconhecem direitos aos casais homossexuais se encontram transcritas e comentadas em minha obra “Homoafetividade, o que diz a Justiça”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

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

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

[8] *in* BEVILAQUA, op. loc. cit.

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

[10] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 47.

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