

Paternidade homoparental

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

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.* [\[2\]](#) Como bem diz Giselda Hironaka, [\[3\]](#) *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 mais se veem 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. Em um primeiro momento, para não comprometer a instituição do casamento, jurisprudência só conseguia ver como uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma

sociedade de afeto, sem dar ouvidos 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.* [4] 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 das Famílias, socorriam-se os juizes 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 Lôbo, a enumeração é meramente exemplificativa, o que não permite *excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade.* [5] Assim, ainda que abrangente, não é exauriente o rol constitucional que 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.

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 passaram a ser reconhecidas pela jurisprudência[6] como entidades familiares. Tais mudanças levaram ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito.[7]

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.*[8] O envolvimento emocional, o sentimento do amor que aproxima almas, enlaça vidas e embaralha patrimônios, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, revelam o nascimento de novas estruturas de família, a ponto de alterar a própria denominação do ramo do direito que as tutela: Direito da Famílias.

A maior visibilidade e melhor aceitação das famílias homoafetivas levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a união estável homoafetiva,[9] sendo que o Conselho Nacional de Justiça obriga o registro da união homoafetiva, sua conversão em casamento, bem como a realização do casamento.[10]

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.[11] 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.*[12]

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades

familiares é este mesmo sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A facilidade de descobrir a verdade genética, com significativo grau de certeza, desencadeou 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 consanguinidade. No confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse de quem é 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 tanto à realidade biológica como a registral.

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, gravidez por substituição, 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. [\[13\]](#)

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*. [\[14\]](#)

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*, [\[15\]](#) 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 frequência. Após a separação com prole, o pai ou a mãe que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação homossexual e passa a viver com alguém do mesmo sexo. O

companheiro do genitor não é nem pai nem mãe dos filhos do companheiro, 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 era um do par se submeter à reprodução assistida. Este era o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não havia participado do processo reprodutivo, ficava excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Os gays utilizam esperma 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 solidária. 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.

Para evitar estas situações excludentes o Conselho Federal de Medicina autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos apres homossexuais.[\[16\]](#) Ainda assim, para a obtenção do duplo registro se faz necessário promover uma ação judicial, sendo que resiste a jurisprudência em garantir o registro em nome dos dois pais antes do nascimento.

A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. Mas só recentemente passou a justiça a aceitar a habilitação à adoção por casais do mesmo sexo.

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.*[\[17\]](#)

Deste modo, torna impositivo o reconhecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Impedir o duplo registro em sede administrativa, obrigando os pais a juridicizar o pedido, só traz prejuízo ao filho. Até o trânsito em julgado da sentença o filho não terá qualquer direito com relação a quem também exerce o poder familiar e desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação homoafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, constituído como união estável ou pelo casamento, não há como deixar de reconhecer a dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, até porque existe a presunção de filiação. Como lembra Zeno Veloso, o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é *fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor (favor filii)*.[\[18\]](#)

A resistência que ainda existe 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 sequelas 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.

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência

de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

No entanto, diante da injustificável omissão do legislador, que se escuda em pretensos preceitos religiosos para esconder seu preconceito, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) elaborou o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual visando a combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou por identidade de gênero, bem como a criminalização da homofobia. [\[19\]](#)

Todas as pessoas têm direito à constituição da família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprouver, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Dentre vários direitos é assegurado o direito ao exercício da parentalidade, acesso às técnicas de reprodução assistida, o uso de material genético, a habilitação, individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes. As licenças maternidade e paternidade são substituídas pela licença-natalidade pelo período de 180 dias. Durante o período de 15 dias a licença beneficia a ambos os pais e no prazo remanescente, por qualeiur deles, de forma não cumulativa, da forma que melhor atenda ao interesse de ambos.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: 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.

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.* [\[20\]](#) Não reconhecer a paternidade homoparental 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,* [\[21\]](#) 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.* [\[22\]](#)

Publicado em 13/10/2013.

[\[1\]](#) Advogada

Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS

Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM

Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB

- [2] ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003, p. 198.
- [3] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução. Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.
- [4] VILLELA, João Baptista. *As novas relações de família. Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.
- [5] LÔBO, Paulo. *Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002, p. 95.
- [6] Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br
- [7] 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.
- [8] BARRROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.
- [9] ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011.
- [10] Resolução 173/2003.
- [11] ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.
- [12] VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90.
- [13] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São

Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

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

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

[16] Resolução 2.013/ 2013.

[17] 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.

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

[19] Texto no site: www.estatutodiversidaesexual.com.br

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

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

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