

FILIAÇÃO HOMOAFETIVA

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

www.mariaberenice.com.br

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 dos sonhos 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 às entidades familiares, ainda que tenham sido 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. Assim, ainda que abrangente o conceito, não é exauriente o rol constitucional, pois não alberga todos os universos familiares merecedores de proteção.

Não se pode deixar de ver que é a presença de um elo de afetividade que gera uma entidade familiar merecedora de abrigo 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, vêm sendo reconhecidas pela jurisprudência.

Não só a família, mas também a filiação foi alvo de profunda transformação. Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais. Se o afeto é o elemento identificador das entidades familiares, esse mesmo sentimento serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A jurisprudência passou a atentar no melhor interesse da criança e a investigar quem a criança considera pai e quem a ama como filha, o que 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 da manipulação genética, o sonho de ter filhos se aproximou da realidade. Assim, todos, independente da capacidade reprodutiva, vivendo sozinhos ou sendo casados, manterem união estável hetero ou homossexual, viram assegurado o direito de constituírem 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 frequência 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. 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. Permitir exclusivamente que o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo.

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, segundo Luiz Edson Fachin. Os vínculos de filiação não podem ser buscados na realidade biológica, e 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 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).

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 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: Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cynismo, subvertem, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana.

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.

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.

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 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. A negativa de reconhecimento da paternidade 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.