

PRESUNÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS *

MÔNICA RODRIGUES CUNEO **

SUMÁRIO: 1. Do modelo patriarcal de família às novas formas de entidade familiar. 2. Fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade: o afeto enquanto suporte das relações familiares. 3. Famílias homoafetivas e proteção constitucional. 4. Estado de filiação e presunção de paternidade nas famílias homoafetivas: a reprodução assistida como forma de constituição de família. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. DO MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA ÀS NOVAS FORMAS DE ENTIDADE FAMILIAR

O modelo legal de família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada vem sendo suplantado pelas novas formas e arranjos familiares. A família contemporânea, de característica plural, em oposição à família que tinha na figura do homem a concentração do poder econômico e social que explicava sua função, já não é mais o lugar da perpetuação dos laços de sangue e da preservação do nome e patrimônio de seus antepassados.

Fatores de ordem social, econômico e tecnológico introduziram significativas mudanças nos costumes da sociedade, fazendo surgir outras formas de constituição de família, a despeito da tentativa do Estado de estereotipar modelos de convivência entre as pessoas.

A superação da tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de personalização evidenciam o desafio do Direito de Família contemporâneo, no sentido de considerar a pessoa em toda a sua dimensão ontológica,

* Trabalho premiado no 3º Congresso Nacional Virtual do Ministério Público.

** Mônica Rodrigues Cuneo é Promotora de Justiça do Rio de Janeiro e especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

direcionado à realização personalística da afetividade, em uma concepção puramente eudemonista, em que se busca assegurar aos seus membros o direito moral à felicidade.

FACHIN¹ ressalta:

“Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas sim a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”

As relações familiares contemporâneas encontram seu fundamento na *afetividade*, fazendo emergir um novo conceito de família. A Constituição da República quebrou paradigmas e emprestou juridicidade aos laços de afeto, admitindo a concepção plural de família. PEREIRA *apud* GIRARDI² refere que a nova concepção do núcleo familiar deslocou seu centro de constituição do princípio da autoridade para o princípio da compreensão e do amor, que, segundo a Carta Magna, reflete o atendimento à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dispõe o *art. 1º, inciso III*, da Constituição da República de 1988 que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana*. Diante desse macrop princípio, o Direito Privado vem sendo alvo do que se denomina *personalização, repersonalização* ou *despatrimonialização*, vale dizer, à medida que o patrimônio perde importância, a pessoa é valorizada.

A *Carta Magna de 1988*, ao estabelecer o capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no Título VIII, da Ordem Social, dispôs em seu *art. 226, caput* que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Em seus §§ 1º e 2º expõe normas relativas ao casamento, reconhecendo a união estável no § 3º e, por último, no parágrafo quarto a família monoparental, todas como entidades familiares. Da leitura do citado dispositivo, infere-se que não há qualquer referência a determinado tipo de família, ao contrário do que ocorreu em relação às Constituições anteriores, que somente agasalhavam a família “reconhecida pelo casamento” (art. 175, da Constituição de 1967-69). Assim, diante da ausência da cláusula de exclusão, conclui-se que a “família” – *sem qualquer referência a que tipo de família* – encontra-se sob tutela jurisdicional.

Nesse ponto, há duas questões que merecem enfrentamento, ainda que superficialmente, já que diretamente ligadas à questão das uniões homoafetivas. A primeira corresponde à concepção axiológica hierarquizada

1. Luiz Edson Fachin. *Da Função Pública ao Espaço Privado: aspectos da “privatização” da família no projeto do estado mínimo*, Rio de Janeiro, Arché, ano VIII, n. 24, p. 27, 1999.

2. Viviane Girardi. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

das entidades familiares com primazia do casamento em relação às demais entidades familiares; a segunda diz respeito à característica não taxativa de entidades familiares agasalhadas pela Constituição Federal. Aqui, interessamos a segunda.

LOBO³, ao comentar o citado dispositivo constitucional, leciona “o fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução ‘a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos’. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. *O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram.* Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias ‘ilícitas’, desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. (...) *O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação*”(grifou-se).

E prossegue:

“A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo ‘também’ nela contido. ‘Também’ tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à *realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.* Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente *exemplificativos*, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. *As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput.* Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade” (grifou-se).

O dinamismo do conceito de família evolui conforme o desenvolvimento da sociedade na qual se insere e empresta sentido às entidades assim formadas fora do casamento. LACAN (1938), ao afirmar que “(...) *a família desempenha papel primordial na transmissão da cultura*”, buscou demonstrar que família não

3. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Publicado em 3.9.2005 (www.mundojuridico.adv.br). Acessado em agosto de 2008.

é apenas um grupo natural, mas também uma estrutura psíquica, na qual cada um de seus membros desempenha uma função, um lugar sem que estejam, necessariamente, ligados biologicamente.

Em consonância com a atual evolução doutrinária e jurisprudencial, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 7.8.2006) apresenta um avanço em relação ao Direito Civil legislado, ao propor em seu art. 5º uma carga ideológica inovadora. Ao conferir proteção a toda mulher que for vítima de violência doméstica e familiar, *independentemente de sua orientação sexual*, insere as uniões homoafetivas no conceito de entidade familiar, senão vejamos:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou *por vontade expressa*;

III – *em qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. *As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*” (grifou-se).

A interpretação sistemática do inciso II com o parágrafo único do artigo 5º e o reconhecimento legal da família constituída por vontade expressa conduz necessariamente a conclusão de que a lei reconheceu a união homoafetiva. Conclui-se, assim, que a presente norma consagra, pela primeira vez, em âmbito infraconstitucional, a noção de que essencial à noção de família é a vontade dos seus próprios membros (*affectio familiae*), e não a imposição da lei. Desta forma, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo em que seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Outra não é a lição da festejada Professora MARIA BERENICE DIAS⁴:

“Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade

4. Violência doméstica e as uniões homoafetivas, in *JusNavigandi*, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>. Acessado em agosto de 2008.

proteger a mulher, *fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros*. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. *A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos (...)*. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica” (grifou-se).

Não há dúvidas de que a nova concepção de família tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro lar, *locus* de afeto e respeito.

Nessa ordem de ideias, o contemporâneo conceito de família incorpora a noção de considerá-la como instrumento de realização da pessoa humana e dos membros que a integram. A transformação experimentada pelo Direito de Família, a partir da constitucionalização do Direito Civil, que passou a conceber a incidência principiológica da Constituição, aliada à repersonalização desse ramo do Direito, parece evidenciar que a união entre pessoas do mesmo sexo possui inegável *status* de família, a merecer reconhecimento e tutela jurídica.

MORAES *apud* GIRARDI⁵ destaca com propriedade:

“A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à ‘forma’ familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao ‘conteúdo’ ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.”

Desta forma, a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico - *modelo até então único de família* - para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o *afeto como elemento volitivo de sua formação* - *modelo aberto e plural de família*. A dignidade de cada um dos membros da família e o relacionamento afetivo existente entre seus membros passam a ser mais valorizados do que a instituição em si mesma.

5. Ob. cit., p. 133.

As funções política, religiosa, econômica e procracional da família cederam espaço ao sentimento de solidariedade recíproca que tem no afeto seu elemento estruturante e na realização pessoal de seus membros, sua tônica. As novas conformações familiares merecem por parte do Estado o reconhecimento do vínculo jurídico com *status* de família, com esboço nas idéias de liberdade e igualdade, fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, surge um novo personagem, um interlocutor com voz e fala: o filho, a criança, o adolescente, a pessoa ainda em desenvolvimento. Como observa GIRARDI⁶, ser filho não significa mais estar sujeito aos desígnios do pai. Segundo a autora⁷, *"a família como unidade política e econômica na qual os filhos cumpriam papéis predeterminados sob a autoridade paterna servindo à economia familiar como mão-de-obra alterou-se para a família atual formada por um grupo de companheirismo e um lugar de acolhimento e afeto."*

Se à época da sociedade rural agrária, a família não encontrava outras formas de expressão e tutela jurídica, senão a fundada no casamento, assim como a filiação somente era moralmente aceita se advinda dentro dos sagrados laços do matrimônio, atualmente, descortina-se um novo cenário, tanto em relação à filiação, como no tocante à perspectiva conjugal, em que os relacionamentos intersubjetivos dos componentes familiares estão mais fundamentados no desejo do que propriamente no império da lei.

É a partir da convivência em família que o indivíduo se estrutura e se organiza rumo à construção de uma identidade que irá lhe conferir o título de membro do grupo social e ditará sua atuação na comunidade.

O fato de a criança integrar uma família incute em sua consciência um sentimento de pertença a um grupo específico. Portadora de crenças e códigos próprios, a família espelha o modelo de sociedade em que está inserida, transmitindo à criança, ser em desenvolvimento, os valores vigentes dessa cultura, inscrevendo-a em uma nova ordem social, que pouco a pouco vai se descortinando.

A família desempenha relevante papel de núcleo do sistema jurídico-social. Conforme já afirmado, ao longo da história, revestiu-se de variadas funções, seja de cunho religioso, político, econômico e procracional. Considerada base da sociedade, gozava de um conceito sacralizado, recebendo por parte do Estado um tratamento intervencionista calcado em padrões de estrita moralidade. Objetivando regulamentar a ordem social, a onipotência estatal transformou a família em uma instituição matrimonializada. Sua estrutura patriarcal, herdada da cultura romana, legitimava o exercício do poder masculino sobre a mulher e os filhos. A feição da família encontrava-se, à época, entrelaçada com o retrato da própria sociedade.

6. Ob. cit., p. 23.

7. Ob. cit., p. 100.

Mas como a família não traz ínsita em si padrões de imutabilidade conceitual, ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico, observa-se a transição da entidade familiar como unidade econômica e reprodutiva (núcleo de produção) para uma compreensão igualitária e socioafetiva (núcleo de expressão de afeto). Desde então, surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares.

A instituição familiar, a par das profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção que sofreu nas últimas décadas, passou a engendrar novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei. Inspirada por novos valores que sobrepujam e rompem com a concepção tradicional de família, a sociedade contemporânea adota um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado.

No momento histórico em que o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, sobreveio o pluralismo das entidades familiares, escapando as novas estruturas de convívio às normatizações existentes. Os vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade ingressaram no mundo jurídico por obra da jurisprudência, em consonância com uma nova proposta de arquitetura familiar. A família passou a ser percebida sob um novo enfoque, mais inclusivo e menos moralista, regida pelo afeto, como mola propulsora.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: O AFETO ENQUANTO SUPORTE DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Atualmente, a família está matizada em um fundamento que explica sua função: a *afetividade*. A base da família moderna é o afeto, fruto da autenticidade das relações familiares fundadas no amor e no respeito à dignidade dos seus integrantes. Enquanto grupo social, não é concebida como um fim em si mesma, mas como agente propulsor assecuratório de condições de desenvolvimento aos seus membros, em especial as crianças.

O afeto é reconhecidamente o elemento nuclear das relações familiares. Conforme lição de SCHREIBER⁸ (2001, p. 38), *não há dúvidas de que as relações pessoais fundam-se originariamente no afeto*. Prossegue a autora, referindo que é o sentimento de afeição que atrai e une as pessoas sobre um mesmo teto ou que

8. Elisabeth Schreiber. *Os Direitos Fundamentais da Criança da Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre, Ricardo Lenz, 2001.

faz com que convivam com estreitos laços. ALVIM *apud* SCHREIBER⁹ (2001, p. 39), complementa:

“Com efeito, o principal papel da família moderna é dar suporte emocional à pessoa humana, promovendo-lhe o desenvolvimento e realizando seus interesses afetivos e existenciais. (...) Hoje, as famílias constituídas ou não pelo casamento, são calcadas, substancialmente, por laços de afeto, solidariedade e cooperação: não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade. A affectio deve ser a única ratio das uniões matrimoniais ou não, sendo papel da família a promoção do bem-estar de seus membros, com respeito à esfera individual de cada um” (grifou-se).

O que identifica a família é um afeto especial, um sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeioam pelo convívio, em razão de uma origem ou um destino comum. É esse afeto que define a família: a comunhão de vidas, enlaçadas pela íntima conjugação de interesses comuns. Atualmente, o afeto ganhou o *status* de principal ingrediente de uma relação familiar. Assim, a criança que nasce e cresce no seio de uma família, estrutura básica social, sente-se aceita através da energia receptiva que se cria no lar.

A partir desta ambientação primária, inicia a moldagem de suas potencialidades, com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e completem. Tem-se, aqui, a busca pela dignidade da pessoa humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais. Nesse novo panorama que se desvenda, a família é concebida como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade, edificada sob o prisma eudemonista.

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade. O texto constitucional não deixa margem à outra espécie de interpretação. As mudanças que se verificam no âmbito da família evidenciam que a estruturação da sociedade em núcleos familiares somente faz sentido se enfrentada como refúgio para a plena realização do indivíduo, na implementação de projetos de felicidade pessoal e concretização do amor. Nada há mais relativo a um consenso do que o amor. Ao se falar em afeto, fala-se em amor. Já se disse alhures que o amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações.

Pode-se afirmar, portanto, que os laços de afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza (origem biológica) ou de imposição da lei. A filiação nem sempre coincide com a origem genética, o que

9. Ob. cit., p. 79.

seria transformar um fato cultural em determinismo biológico, não contemplando suas dimensões existenciais.

Assim como o modelo tradicional, o modelo científico é inadequado, eis que ambos partem de um equívoco de base. Se a origem biológica, indispensável à família patriarcal, caiu por terra, a certeza absoluta da origem genética não é mais suficiente para fundamentar a filiação, à medida que outros valores passaram a dominar esse campo das relações humanas.

Atualmente, o *biodireito* confronta-se com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, corroborada pela bioética, aponta para atribuir a paternidade ao dador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito.

A identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexa trama das relações afetivas construídas pelo ser humano entre a liberdade e o desejo. Imperioso reconhecer-se que a filiação não é um determinismo biológico. Embora na maioria dos casos a filiação se origine da relação biológica, em tantos outros emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. Em suma, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o *Enunciado n. 103*, com a seguinte redação:

“O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

Na mesma Jornada, foi aprovado o *Enunciado n. 108*, prevendo que:

“No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Em continuidade, na III Jornada de Direito Civil, idealizada pelo mesmo STJ e promovida em dezembro de 2004, foi aprovado o *Enunciado n. 256*, segundo o qual:

“A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Em nenhum momento histórico foi possível vislumbrar tamanha importância como é atribuída atualmente ao afeto, quer para a identificação dos vínculos familiares, quer para definir os vínculos de parentesco, sobrepujando-se, quando em confronto, ao vínculo biológico. Tal *reconhecimento da posse do estado do filho* passou-se a ser denominado como “*filiação socioafetiva*”.

Não basta os genes para se declarar a filiação, uma vez que os laços sanguíneos são insuficientes para caracterizar o efetivo exercício das obrigações paternas e maternas. *Pai e mãe, efetivamente, são aqueles que criam, não apenas quem concebe.*

Avanços científicos permitiram a manipulação biológica e popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, a comercialização de óvulos, além de outras técnicas. Diante desse caleidoscópio de situações, não mais se pode estabelecer os vínculos de parentalidade com fundamento exclusivo na consangüinidade.

Ante essa nova realidade, imperiosos novos referenciais, pois não mais se pode buscar nem na verdade jurídica nem na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares.

3. FAMÍLIAS HOMOALETIVAS E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República, ao instituir o Estado Democrático, já em seu preâmbulo, vela pela garantia do exercício dos direitos sociais e individuais, zelando pelo primado da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, além de elevar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Ao estabelecer direitos e garantias fundamentais, proclama que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*, da CR/88), invocando os princípios da igualdade e da isonomia como mola propulsora e balizadora de todas as relações jurídicas.

Como anuncia GIRARDI¹⁰, a promulgação da Constituição da República trouxe à tona a confirmação do que os fatos sociais há muito já demonstravam: existem outras formas de organização familiar que não somente aquelas fundadas no casamento. O papel jurídico do afeto irradiou para as normas jurídicas a percepção de que novos arranjos familiares deveriam ser reconhecidos e tutelados pelo Estado. Assim, a união estável, as famílias monoparentais e outras formas de organização familiar passaram a ganhar visibilidade e pro-

10. Ob. cit., p. 32.

teção jurídica.

A realidade social remete a uma mudança de paradigmas e ao surgimento de uma nova concepção de família, desvinculada do originário modelo de casamento, sexo e procriação. Nessa nova configuração, as relações de afetividade, carinho e amor se apresentam como elementos fundantes da definição de núcleo familiar. Assim, todas as relações ligadas por laços afetivos merecem ser reconhecidas como entidades familiares, a despeito da existência ou não de um vínculo entre um homem e uma mulher, da convivência dos ascendentes com os descendentes, ou da diferença entre o sexo dos sujeitos na relação.

Os avanços da engenharia genética, a emancipação feminina e as mudanças no comportamento social, dentre outros fatores, contribuíram para a nova conformação da vida familiar, fazendo desabar o mito da antiga família patriarcal, na qual o homem exercia as funções de pai e marido e, por isso, era a figura principal, dotada de poder e autoridade sobre a mulher e os filhos. O sexo passa a não ser mais visto, exclusivamente, como meio de reprodução, mas também como fonte de prazer, ao mesmo tempo em que a família cede espaço para a realização pessoal de seus membros, deixando de existir tão somente para legitimar a procriação e a transmissão de patrimônio. As relações entre pais e filhos passam a ser cunhadas de maior sensibilidade, perdendo força o autoritarismo, com especial atenção no acompanhamento da educação das crianças, com vistas ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades¹¹.

A família contemporânea não guarda mais um modelo único para se expressar. Hoje, ela se apresenta complexa, porosa e plural, pois recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade, influenciada por fatores de ordem social, econômica e tecnológica. A busca da realização e da felicidade pessoal passou a ser a tônica das relações de convivência familiar e social.

Como ensina FACHIN¹², atualmente busca-se a perspectiva da família eudemonista, vale dizer, aquela que se justifica exclusivamente pela felicidade e realização pessoal de seus membros. E essa realização pessoal pode ocorrer dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade.

No dizer de MATOS¹³:

“Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem a sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro

11. Ana Carla Harmatiuk Matos. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Aspectos Jurídicos e Sociais. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 31.

12. Luiz Edson Fachin.

13. Ob. cit., p. 162.

nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão de tarefas de socialização das crianças. *Estas características estão presentes em uniões homo e heterossexuais.* Há, portanto, uma relação indissociável entre o princípio da pluralidade familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, visto ser a união afetiva parte essencial dos valores personalísticos, como os acima mencionados" (grifou-se).

O núcleo da família se modificou e deslocou seu centro de constituição do patriarcalismo, da solenidade e do princípio da autoridade para o princípio da solidariedade e do afeto. Da leitura dos §§ 3º e 4º, do art. 226, da CR/88 infere-se que a Constituição emprestou especial proteção às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole – as denominadas famílias monoparentais – e à união estável entre homem e mulher.

Contudo, este rol não é exaustivo, pois não abarca todas as formas de convívio dignas de tutela. Conforme já mencionado, o artigo referido deve ser entendido como uma cláusula geral de inclusão¹⁴, devendo compreender outras entidades que preenchem o requisito essencial para a constituição das relações familiares: a afetividade. O afeto, portanto, é hoje o elemento nuclear de qualquer entidade que pretenda ser família, embora não seja o único.

Ao romper com o monopólio do casamento como única fonte legítima de constituição de família, o sistema jurídico passou a recepcionar outras formas de organização familiar, as quais, durante décadas, estiveram historicamente excluídas e marginalizadas.

Como bem ressaltado pelo *Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos*, em voto proferido na apelação cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Bagé/RS¹⁵, "*a proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.*"

14. Paulo Luiz Netto Lôbo. *Entidades familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.*

15. Apelação Cível nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Bagé/RS, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

Diante da impossibilidade de adequação da união homoafetiva como forma de matrimônio, dado seu caráter estritamente formal, *impõe-se analisá-la como uma forma de comunidade familiar, assemelhada à união estável*. Tais uniões se inserem no âmbito social como possibilidade de se constituírem como família sob o viés da conjugalidade e no eixo da união fática do par e têm como fundamento o princípio da igualdade visto sob o ângulo da não discriminação e da *livre orientação sexual* decorrentes da autonomia ética que deve ser assegurada a cada um para definir o que entende como seu projeto de realização pessoal e seu contexto de felicidade.

Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao *livre exercício da sexualidade*¹⁶. A *orientação sexual* seguida na privacidade não admite restrições. Do contrário, haveria afronta ao direito à liberdade assegurado a todo ser humano. O artigo 5º, inciso X, da CR/88 classifica como direitos fundamentais os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e afirma serem invioláveis esses direitos. A sexualidade, portanto, diz respeito à subjetividade, representando uma faceta do livre exercício e desenvolvimento da personalidade, como expressão de sua dignidade e identidade sexual.

A jurisprudência pátria¹⁷ já se manifestou a respeito:

“Conclui-se que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos infundados legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e sofrimentos de muitos seres humanos” (grifou-se).

Nesse contexto, as pessoas de orientação sexual homossexual devem ter o direito à realização de suas capacidades e necessidades humanas respeitadas, tanto no plano pessoal quanto no público, por meio de práticas jurídicas e políticas legislativas que vedem qualquer forma de discriminação. Destarte, insuficiente a não violação da dignidade, eis que tal princípio deve encerrar não apenas um conteúdo ético, mas também normativo.

Nas palavras de MATOS¹⁸:

“O desenvolvimento da sexualidade humana refere-se a uma dimensão de profunda subjetividade e de desenvolvimento de personalidade. Incluir o sujeito homossexual no Direito de Família, com o reconhecimento de suas uniões afetivas estáveis, significa outrossim tutelar seu direito pessoal a uma orientação sexual diversa

16. Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 176.

17. 10ª Vara/RS. Processos ns. 96.0002030-2 e 96.0002364-6, Juiz: Roger Raup Rios, em 9.7.1996.

18. Ana Carla Harmatiuk Matos. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Aspectos Jurídicos e Sociais. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 58.

daquela propagada como “comum” – num viés respeitador de sua dignidade.”

Há os que ainda se indignam com o afeto entre pares homossexuais, mas sequer se sensibilizam com o desafeto, com a falta de fraternidade e solidariedade que grassa o cotidiano e se expressa, cruelmente, por meio de crianças e adolescentes carentes, dos idosos abandonados e vítimas de maus tratos, daqueles que são vítimas da fome e das mais diversas formas de violência e opressão.

Há, também, a par dos inegáveis avanços jurisprudenciais, intérpretes que, menos iluminados pela razão, se deixam levar por óbices ideológicos de cunho religioso e preconceituoso, que os cegam e os remetem a um falso moralismo, e finda por negar efeitos e garantias jurídicas às uniões entre pessoas do mesmo sexo, além de relegar ao obscurantismo e à discriminação modelos de convivência que escapam ao sacramento do matrimônio.

Da mesma forma, legisladores adeptos à doutrina cristã apresentam dificuldades em reconhecer e dotar de juridicidade uniões entre pessoas do mesmo sexo, à semelhança do que ocorreu em relação à lei do divórcio, em passado não muito distante. Embora não se pretenda explorar, aqui, a questão religiosa, recorte que não constitui a temática da presente abordagem, acreditando-se se necessário um certo distanciamento respeitador da fé e da religiosidade, não se pode deixar de reconhecer a hostilidade do pensamento majoritário cristão no tocante às uniões homoafetivas.

Entrementes, há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem aos requisitos para a configuração de uma relação familiar e têm por base o afeto, merecendo, por isso, o *status* de família. Ressalte-se que a Constituição consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana, razão por que tais uniões são merecedoras da proteção do Estado.

Palmilhando essa mesma perspectiva, TALAVERA¹⁹ afirma:

“...verificamos que as convivências homossexuais e as convivências heterossexuais se distinguem apenas quanto ao fato de o relacionamento ser perpetrado por pessoas do meso sexo ou de sexo distinto, vez que do ponto de vista relacional não há dessemelhança alguma possível de ser sedimentada. Portanto, ... frustra-se, de forma iníqua, o direito personalíssimo de constituir-se uma entidade familiar formal entre pessoas do mesmo sexo, heterodoxa na sua constituição, é bem verdade, porém hábil à realização plena e irrestrita da personalidade de seus membros, sendo essa restrição fundada na

19. Glauber Moreno Talavera. *União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 39.

discriminação dispensada a essas minorias, o que é extremamente atentatório à dignidade da pessoa humana consagrada no art. 1º, III, da Constituição Federal, como super princípio no qual deve estar sedimentado todo o ordenamento jurídico pátrio.”

A fim de que se possa acolher a visão das entidades familiares que não se engendram nos modelos institucionalizados pelo Estado, é mister refletir sobre posturas egoístas e discriminatórias, pois o Direito não pode se prestar a ser elemento multiplicador de preconceitos, ao revés, deve servir como instrumento para a transcendência de velhas e superadas posturas, ainda que não satisfaça a maioria como modo de sentir e viver, mas que vá ao encontro da felicidade e dignidade de nosso semelhante, em uma perspectiva do livre desenvolvimento de sua personalidade, autonomia individual e igualdade no tratamento normativo.

Nesse mesmo sentido, FACHIN *apud* TALAVERA²⁰ destaca:

“Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações. Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso socioafetivo.”

Embora se saiba que, em geral, tudo o que refoge aos padrões sociais embutidos no inconsciente coletivo possa ser alvo de discriminação, demandando tempo para sua maturação e absorção de novos valores, a caminhada rumo ao reconhecimento público de um novo modelo de família calcado na afetividade e que prescinde da diversidade de sexos parece inevitável.

Diante de tantas mudanças, não deve nem o jurista nem o intérprete se estagnar na perpetuação de valores que enxergam em uma única concepção de família a exclusiva possibilidade de receber guarida pelo ordenamento jurídico, mas antes buscar desenvolver a necessária capacidade crítica com vistas a perceber que a antiga e retrógrada estrutura civilística, ditada por nossa primeira codificação civil, tinha por escopo manter o *status quo*, valorizando esteriótipos e estigmas, em prejuízo à nova carga ideológica que encontra assento em sede constitucional.

20. Ob. cit., p. 40.

4. ESTADO DE FILIAÇÃO E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: A REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO FORMA DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA

O *Código Civil*, no art. 1.597, além de repetir todo o elenco de presunções de paternidade, nos mesmos moldes da legislação anterior, criou novas presunções nas hipóteses de inseminação artificial homóloga e heteróloga.

A reprodução humana assistida constitui tema atual e polêmico, que desencadeia debates éticos e questionamentos jurídicos. Ao interferir no processo de procriação natural do homem, fazendo surgir situações até pouco tempo inimagináveis, que desafiam o direito e os juristas, principalmente no que tange às relações de parentesco, faz com que o conceito de filiação seja repensado. O Brasil ainda não possui legislação específica que regule a reprodução assistida, e os julgados que tratam sobre o tema ainda são raros em nosso país.

DANIELE HERVIEU-LERGER (2003), em artigo citado por LOREA²¹, afirma que as novas tecnologias reprodutivas constituíram inegável contribuição para que a família natural fosse mais claramente percebida como o que realmente é: uma construção social, política, histórica e cultural.

A reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas, com ou sem problemas de infertilidade e esterilidade, satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

O Direito, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se poderia chamar de “*posse de estado de filho*” ou “*filiação socioafetiva*”. Assim, ainda que pareça um tema atual, a desbiologização da paternidade, de há muito já era consagrada, aliás, desde a época dos romanos, pelo aforismo *pater est is quem nuptiae demonstrant*.

Embora o Código Civil de 2002 possa parecer ambíguo, já que não abandona o uso das presunções, aliando-as à vinculação biológica, como nas hipóteses de presunção de paternidade por inseminação artificial homóloga, não deixa de ser referido como inclusivo da paternidade ampla e do princípio da afetividade, ao consagrar, em sede infraconstitucional, as linhas fundamentais da Constituição em prol da paternidade de qualquer origem e não apenas da biológica, optando claramente pelo paradigma da paternidade/filiação socioafetiva, como se infere dos arts. 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.605, 1.614.

21. Roberto Arriada Lorea. Homoparentalidade por Adoção no Direito Brasileiro. *Revista do Juizado da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano III - nº 5. Porto Alegre, março de 2005.

Ao mencionar algumas técnicas de reprodução assistida, o Código Civil inova, mas não vai além, devendo a matéria ser regulamentada por lei específica. O art. 1.597, ao tratar da filiação, elenca algumas das hipóteses de presunção de paternidade hoje vigentes, com a inserção dos incisos III, VI e V. Assim, também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos de fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem*, de fecundação *in vitro* (homóloga), e inseminação artificial heteróloga, com a prévia autorização do marido.

Se é certo que tal dispositivo resolverá inúmeras questões relativas à filiação e a reprodução assistida, não se pode deixar de reconhecer que deixará outras tantas sem solução.

Os recentes e espetaculares progressos da medicina e, em particular da biotecnologia, tornou realidade o sonho de milhões de pessoas, estéreis ou não, de ter um filho, contribuindo para a transformação da família tradicional e das relações paterno-filiais.

A despeito das diversas técnicas de reprodução assistida, interessa aqui apenas a abordagem da referida no inciso V, do art. 1.597, do Código Civil: a *inseminação artificial heteróloga*. Nesta utiliza-se o sêmen de um doador, sendo necessário o consentimento do marido, para que possa lhe ser conferida, por presunção, a paternidade. Não faz sentido, portanto, a adoção pelo marido da mãe, sendo a paternidade conferida presumidamente.

Nas hipóteses em que a mulher, não importando seu estado civil, recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Ainda que não exista lei específica, por analogia cabe utilizar o instituto da adoção no tocante à doação do sêmen, vale dizer, a criança somente será registrada em nome da genitora, e ainda que no futuro possa requerer o reconhecimento de seu vínculo genético de filiação biológica, tal fato não acarreta ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, à medida que, ao doar seu sêmen, abdica voluntariamente da paternidade, da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção.

Outra possibilidade cada vez mais comum é o uso de bancos de material reprodutivo, que permite que um do par seja o pai ou a mãe biológica, enquanto ao doador fica garantido o anonimato. Ao se lançar mão de tal método, o cônjuge ou companheiro daquele que é casado ou vive em união estável, assume a paternidade, tanto assim que, de acordo com o Código Civil, essa é uma das hipóteses em que se opera a presunção de paternidade.

Por oportuno, saliente-se que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e que o § 6º do art. 227 da Constituição da República proibiu qualquer designação ou discriminação relativa à filiação.

Quanto aos direitos civis do nascituro, poder-se afirmar que os mesmos podem ser adquiridos de forma resolutória, eis que nascendo com vida, terá adquirido efetivamente o direito ao estado de filiação.

Nesta hipótese, desde a sua concepção não há solução de continuidade entre ter sido nascituro e vir a ser pessoa. Sem embargo, saliente-se que a lei civil reconhece personalidade jurídica ao nascituro, à medida que está em jogo a preservação da sua própria dignidade, enquanto princípio basilar que inspira a doutrina da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em uma ação em que a autora pleiteia o reconhecimento do estado de filiação em relação a uma criança gerada por sua companheira, invocando como fundamento a presunção *pater is est*, cabe questionar, para a identificação do vínculo parental, se goza a criança da posse do estado de filho em relação à requerente. Reconhecida a existência de uma filiação socioafetiva no tocante a esta imperativo afirmar a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de que esta e sua companheira estabeleçam vínculo jurídico com vistas à proteção de quem, afinal, é filho das duas.

Do contrário, pergunta-se: quem seriam os pais da criança gerada pela companheira da requerente? Se ao doador é garantido o anonimato, não havendo qualquer vínculo entre este e a criança, se a gestação foi desejada, sonhada e planejada pela autora da ação e sua companheira, se a concepção ocorreu durante a constância da união, se ambas mantêm união homoafetiva duradoura, ostensiva, pública e com *intuitu familiae*, qualquer resposta que não reconheça que o bebê tem duas mães está se deixando levar pelo preconceito.

O reconhecimento e exercício da maternagem devem ser entendidos como um direito de cidadania e dignidade da pessoa humana. Ademais, *não se pode alegar aspectos relacionados à orientação sexual para impedir o acesso a direitos. É inegável que o consentimento e desejo da maternidade constituem fundamento do vínculo de filiação.*

Pertinente o escólio de GIRARDI²²:

“O exercício da cidadania, no Estado democrático de Direito, passa pelo respeito a garantias individuais, a garantias que possibilitem o livre exercício e determinação de seus projetos de vida, projetos esses que não podem ser afastados na tentativa de transformar a diferença (envolver-se afetivamente com alguém do mesmo sexo) em desigualdade de direitos. Verifica-se um tratamento inferiorizante quando se pretende proibir que relacionamentos homossexuais tenham o *status* de entidades familiares, quando se pretende proibir que casais homossexuais possam exercer o direito à adoção.”

22. Ob. cit., p. 132.

Por fim, cabe lembrar que a concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Repise-se que com a constitucionalização do Direito de Família, a partir de 1988, e com o advento da Carta da República, o legislador constituinte introduziu na seara do direito de família o princípio do pluralismo familiar, prevendo, expressamente, dois novos modelos de agregação familiar: a união estável e a família monoparental, cujas previsões encontram-se, respectivamente, no artigo 226, §§ 3º e 4º, do Diploma Constitucional.

A ausência de expressa previsão das uniões homoafetivas no Código Civil de 2002 pode ser compreendida à medida que se considerar estar-se diante de um texto legislativo que começou a ser elaborado na década de 70, para, apenas recentemente, ser aprovado. A lacuna no projeto do Código Civil talvez possa assim ser explicada, levando-se em conta que a questão somente ganhou maior visibilidade a partir da década de 1990, com os movimentos em prol da não discriminação em razão da orientação sexual.

De qualquer forma, a não regulamentação de tais uniões, seja em sede de legislação constitucional seja em âmbito infraconstitucional, revela que o legislador ainda não venceu a barreira do preconceito, não tendo sido audacioso o bastante para inserir a necessária regulamentação de que são credoras as uniões homoafetivas. O Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva da efetiva realização da democracia, deve fazer valer os mecanismos que possibilitem a realização do ideal democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Somente a partir de uma perspectiva humanista será possível alcançar e dotar de efetividade os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, núcleos gravitacionais em torno dos quais se alicerça o ordenamento jurídico atual. A superação do estrito formalismo e da subsunção da realidade fática a uma legislação codificada que tem como característica um certo engessamento demanda dos operadores do direito, impulsionados pelas questões que emergem das novas conformações familiares, a necessária força criativa, calcada em uma hermenêutica construtiva, na busca de soluções justas para além dos dogmas da lei.

Desta forma, não se pode mais deixar de albergar no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, apesar de posturas discriminatórias e preconceituosas, que, por puro conservadorismo, insistem em não emprestar visibilidade a ditos vínculos familiares. A negativa do reconhecimento das uniões homoafetivas duradouras e públicas como entidades familiares se traduz na exclusão do reconhecimento do outro, ou seja, da sua alteridade²³,

23. Ob. cit., p. 53.

além de revelar postura retrógrada, equivocada e preconceituosa, é inconstitucional e geradora de injustiças.

É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos. A realidade deve ser encarada sem discriminação, buscando-se enxergá-la como de fato existe. Afinal, a jurisprudência vem demonstrando estar atenta a uma realidade fenomenológica que não é despercebida pelos operadores do direito e, portanto, merecedora de tutela jurídica

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da união estável como entidade familiar trouxe o alargamento conceitual de família. Igualmente, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar vem ganhando cada vez mais visibilidade e amparo jurídico.

A família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. O reconhecimento da parentalidade socioafetiva predomina sobre o vínculo biológico.

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, cujos interesses materiais secundariamente emergem da comunhão de vidas. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

De outro turno, há que se ter em vista que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, sendo mais um direito da criança do que do adulto que a invoca e requer. Parece evidente a vantagem para a criança de que a presunção do estado de filiação se opere nas famílias homoafetivas, pois assim estarão tutelados interesses que transcendem a esfera patrimonial e alcançam a esfera afetiva.

À luz do que estabelecem o § 6º do art. 227 da Constituição da República e o inciso V, do art. 1.597, do Código Civil, que trata da inseminação artificial heteróloga, e, ainda, considerando que a afetividade constitui o fundamento jurídico-constitucional das novas formas de arranjos familiares, sendo uma realidade digna de proteção, verifica-se que o reconhecimento da presunção de filiação deve ser estendido também às uniões homoafetivas, sendo desnecessário que a companheira da mãe biológica ingresse com ação de adoção em relação ao filho biológico gerado por mútuo consenso por sua companheira, para que estabeleça o vínculo de filiação.

Uma vez constituído o vínculo da parentalidade, mesmo que divorciado da origem biológica, há que se prestigiar a situação que preserva o elo da afetividade, sendo certo que a origem dos filhos não pode ser fator de diferenciação para sua proteção.

A concepção normativista do Direito pode relegar à exclusão algumas relações sociais não expressamente dispostas no conceito estrito de norma jurídica. Incumbe aos operadores do direito a tarefa de buscar a realização de uma justiça inclusiva e paritária, transpondo as amarras da mera reprodução dogmática da tipicidade legislativa e que não promova discriminações fundadas em critérios de orientação sexual.

Revisitando a história, vislumbra-se que diversas categorias de sujeitos estiveram à margem do sistema jurídico, e as relações que travavam recebiam tratamento inferior, sob o crivo de uma pretensa moral. Os filhos nascidos fora do casamento, os concubinos e a mulher divorciada são exemplos recentes de que o Direito, fruto de transformações sociais, vem cedendo ao modelo codicista e se remodelando para incorporar a noção de construção de um Direito Civil Constitucional, centrado no supremo valor da dignidade da pessoa humana.

Se antes o Direito fechava as portas a tais situações, contemporaneamente não em hesita em reconhecê-las. Da mesma forma, as relações familiares repactuadas ao longo dos tempos, que não correspondem ao modelo de família da época de nossos avós e certamente não corresponderão a de nossos netos, também merecem agasalho pelo Direito de Família, informado pelos já citados feixes de princípios constitucionais, em uma perspectiva de remodelação desse ramo do Direito.

Com efeito, o Direito pode ser um poderoso instrumento de inclusão ou um perverso meio de exclusão, a depender da utilização que se faz dele. O cotejo da realidade que ora vem se apresentando com a necessidade da prestação jurisdicional, remete à reflexão e busca de uma resposta jurídica em sintonia com os reclamos do contexto social atual, que exige a superação de certos padrões do Direito positivado, incapaz de prever regramento para as novas situações que se apresentam.

Compete ao Poder Judiciário, visando à realização da justiça social, valor supremo invocado pelo preâmbulo da Constituição, o preenchimento das lacunas legais originadas com o avanço tecnológico e evolução da sociedade. A resposta deve ser encontrada não só na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, como dita a lei civil, mas principalmente ter como fundamento direitos e garantias fundamentais, que servem de base ao Estado Democrático de Direito, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da livre orientação sexual.

6. BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas, in *JusNavigandi*, Teresina, ano 10, n. 1185, 29/7/2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>. Acessado em agosto de 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Família*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006..

FACHIN, Luiz Edson. *Da Função Pública ao Espaço Privado: aspectos da "privatização" da família no projeto do estado mínimo*. Arché: Rio de Janeiro, ano VIII, n. 24, p. 27, 1999.

GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto*. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Publicado em 3.9.2005 (www.mundojuridico.adv.br). Acessado em agosto de 2008.

LOREA, Roberto Arriada. Homoparentalidade por Adoção no Direito Brasileiro. *Revista do Juizado da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul*, Ano III - nº 5. Porto Alegre, março de 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Aspectos Jurídicos e Sociais. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

SCHREIBER, Elisabeth. *Os Direitos Fundamentais da Criança da Violência Intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001

TALAVERA, Glauber Moreno. *União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.