

CLÁUDIA ELISABETH POZZI

**O DIREITO NA ERA DAS NOVAS
TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS: MODELO
JURÍDICO HEGEMÔNICO E HETEROGENEIDADE NA
PARENTALIDADE**



SÃO CARLOS - SP
2008

CLÁUDIA ELISABETH POZZI

O DIREITO NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS: MODELO JURÍDICO HEGEMÔNICO E HETEROGENEIDADE NA PARENTALIDADE

Trabalho de Doutorado, apresentado perante Banca do Programa Pós-Graduação em Sociologia, da Faculdade de Ciências e Letras – Unesp/Araraquara, como requisito para obtenção do título Doutor em Sociologia.

Linha de pesquisa: Parentalidade, Tecnologias Reprodutivas, Direito, Gênero, Pluriparentalidade, Heterogeneidade.

Orientadora: Prof. Dra. Lucila Scavone

Bolsa: PDEE/CAPES – Estágio de Doutorado no Exterior – Universidade de Coimbra, 2006/2007.

SÃO CARLOS – SP
2008

Pozzi, Cláudia Elisabeth

O Direito na Era das Novas Tecnologias Reprodutivas:
modelo jurídico hegemônico e heterogeneidade na
parentalidade / Cláudia Elisabeth Pozzi – 2008

231 f.; 30 cm

Trabalho de Tese (Doutoramento em Sociologia) –
Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e
Letras, Campus de Araraquara

Orientadora: Prof. Dra. Lucila Scavone

I. Direito. 2. Parentalidade. 3. Gênero.
4. Tecnologias Reprodutivas. I. Título.

CLÁUDIA ELISABETH POZZI

O DIREITO NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS: MODELO JURÍDICO HEGEMÔNICO E HETEROGENEIDADE NA PARENTALIDADE

Trabalho de Tese de Doutorado, apresentado perante Banca do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras – Unesp/Araraquara, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Sociologia.

Linha de pesquisa: Parentalidade, Tecnologias Reprodutivas, Direito, Gênero, Pluriparentalidade, Heterogeneidade.

Bolsa: PDEE/CAPES – Estágio de Doutorado no Exterior – Universidade de Coimbra, 2006/2007.

Data de aprovação: 27/02/2008

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientadora: Professora Doutora Lucila Scavone

Membro Titular: Professora Doutora Sílvia Maria Schmuziger de Carvalho

Membro Titular: Professora Doutora Martha Célia Ramírez-Galvéz

Membro Titular: Professor Doutor Juvêncio Borges da Silva

Membro Titular: Professora Doutora Meryl Adelman

Local: Universidade Estadual Paulista
Faculdade de Ciências e Letras
UNESP – Campus de Araraquara

AGRADECIMENTOS

Aqui deixo o meu mais profundo agradecimento a todas as pessoas que direta e indiretamente tornaram possível a realização deste trabalho.

Primeiramente, meus agradecimentos à Professora Lucila Scavone, que tão afetivamente acolheu-me no Doutorado para que ocorresse uma transformação radical em meus parâmetros teóricos, alargando-os em caminhos outros ao inter-relacionar família e parentalidade com os estudos de gênero e ao incentivar, nesta pesquisa, suas interfaces com o direito. Processo de aprendizagem ampliado nos debates e leituras realizadas no âmbito dos Grupos de Trabalho, que habitualmente organiza.

Também meus agradecimentos especiais aos participantes de minha Banca de Qualificação, que muito ativamente colaboraram com críticas pertinentes à elaboração final deste texto. Nomeadamente às intervenções da Professora Sílvia Carvalho que, desde a graduação, tornou-se exemplo de honradez, retidão e plantou em mim, com sua imensa sensibilidade e saber, o interesse para o simbolismo e a diversidade antropológica dos viveres. Ao Professor Richard Miskolci, por ter pormenorizada e cuidadosamente analisado meus escritos, tendo contribuído com fundamentais sugestões que vieram a aguçar meu senso crítico e aprimorar minhas reflexões neste estudo.

A CAPES e UNESP/Araraquara, por terem fornecido subsídios material e institucional a fim de que uma parte dos meus estudos fosse realizada em Portugal, junto ao Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, durante 2006 e 2007. Local em que pude

vivenciar inúmeras linhas de pesquisa dentro da sociologia jurídica e estabelecer brilhantes laços de amizade.

À minha família e amigos, que mui solidariamente me apoiaram e deram suporte afetivo sem os quais não poderia planejar e efetivar novos percursos em minha vida.

E ao Uriel, filho a quem dedico este trabalho, pela expressão de amor, compaixão e compreensão para comigo, especialmente manifestados nos percursos deste doutoramento.

A todos, uma última e essencial palavra, vinda de C.D.A.:

gratidão, essa palavra-tudo.

**Que signifierait d'apprendre à vivre
avec l'angoisse née de ce défi, de
sentir la certitude épistémologique et
ontologique partir à la dérive tout en
acceptant, au nom de l'humain, que
l'humain devienne autre chose que
ce qu'il est traditionnellement
supposé être?
(Judith Butler, *Faire et défaire le
genre*)**

RESUMO

O cenário das famílias na atualidade brasileira, consentânea com as transformações da família tradicional ocidental, tem por registro a recomposição pós-divórcio, o alargamento, a união estável, a monoconjugalidade, a igualdade de todos os filhos e a homoconjugalidade. A esses sinais de certo pluralismo jurídico entremesclam-se elementos de várias ordens, normativa, sociocultural e tecnológica. A legislação mais contemporânea tem buscado avançar em campos não tradicionais da concepção jurídica de família e parentalidade, clarificando, contudo, permanências e continuidades do modelo heterossexual, excludente e consangüíneo de relações familiares. A tecnologia na reprodução humana, contraceptivas e conceptivas, é realidade presente nas famílias desde os anos 60, representando uma autonomia das mulheres frente ao projeto parental pela clivagem entre sexo e reprodução. As biotecnologias conceptivas são fenômenos mais recentes que trouxeram ao projeto parental a segmentação entre sexo e concepção, pelos métodos da reprodução assistida (nomeadamente a FIV, GIFT e ICSI), inovando o campo jurídico. O presente estudo tem por escopo discutir criticamente esta realidade, ou seja, dos impactos das biotecnologias sobre as dimensões normativas da parentalidade na família tradicional (conteúdos doutrinários, jurisprudenciais, legislativos e políticas públicas) numa perspectiva transdisciplinar desse fenômeno da contemporaneidade. O diálogo dos saberes (direito, sociologia jurídica, ciências sociais e teorias feministas) torna-se a base teórica deste estudo em contraponto à visão hegemônica positivista do direito, objetivando recontextualizar a parentalidade hoje.

Palavras-chave: família, parentalidade, tecnologias reprodutivas, direito positivo, pluralismo jurídico, gênero, sociologia jurídica, pós-modernidade, heterogeneidade.

ABSTRACT

The present scenario of Brazilian families in accordance with the transformations in the traditional Western family is confirmed by the existence of post-divorce recomposition, enlargement, stable union, mono conjugality, equality of all offspring and homo conjugality. To these indicators of a certain juridical pluralism are intertwined elements of various orders: normative, socio-cultural and technological. The contemporary law and specifically doctrine and jurisprudence have sought to advance into non-traditional areas of juridical conception of family and parenthood, a context that elucidates the facets of permanence of the heterosexual model, consanguineous and excluding of family relations. Technologies in human reproduction, contraceptive and conception, are an existing reality in the lives of families since the 1960's and have represented the autonomy of women in face of the parental project through the cleavage between sex and reproduction. Fertility biotechnology is a recent element that has brought into the parental project a segmentation between sex and conception through the assisted reproductive techniques (namely IVF and ICSI) leading in this manner to the innovation of the juridical arena. The present study covers this reality providing a critical discussion of the effects of biotechnologies on the normative dimensions of parenthood in the traditional family (contents in doctrine, jurisprudence, legislative and public policy) utilizing a transdisciplinary perspective to this contemporaneous phenomenon. A dialogue between areas of knowledge more specifically, law, juridical sociology, social sciences and feminist theories represents the theoretical basis of this study countering thus the existing hegemonic positivist view in law and ultimately aiming to re-contextualize present day parenthood.

Key words: family, parenthood, reproductive technologies, positive law, juridical pluralism, gender, juridical sociology, postmodernism and heterogeneity.

SUMÁRIO

1 Introdução	01
2 A Modernidade do Direito de Família	14
2.1 Fronteiras do positivismo jurídico	14
2.1.1 A ruptura epistemológica: do moderno à pós-modernidade	16
2.1.2 Problematizando o espaço doméstico e a parentalidade	23
2.2 As técnicas e o princípio biologizante do modelo familiar hegemônico	28
2.2.1 Do modelo jurídico unitário à pluralidade	29
2.2.2 O princípio biológico e o novo Código Civil	32
3 Novas Tecnologias Reprodutivas: Parentalidade e Gênero	45
3.1 Inserção da perspectiva de gênero nos estudos jurídicos	45
3.1.1 Estudos precursores e a atualidade da questão	45
3.1.2 Bases teóricas e a estreita relação com o direito	51
3.2 Autodeterminação e parentalidade	68
3.3 Biparentalidade e gênero: o caso <i>Evans</i>	79
4. Biotecnologias reprodutivas: fato social e disciplina legal	89
4.1. Usos sociais da biotecnologia	89

4.2 Perfis legislativos da reprodução assistida _____	94
4.3 A política governamental _____	100
4.4 A legislação constituenda _____	107
4.5 O Conselho Federal de Medicina (CFM) _____	113
5 Direito e heterogeneidade _____	117
5.1 Os tribunais frente às biotecnologias _____	118
5.1.1 A reprodução sexuada e o DNA _____	118
5.1.1.1 A aproximação de discursos _____	121
5.1.1.2 O dualismo na parentalidade _____	127
5.1.1.3 DNA e gênero _____	135
5.1.2 A reprodução assexuada e as novas tecnologias _____	138
5.1.2.1 Direito a adotar _____	149
5.1.2.2 Direito à reprodução assistida _____	151
5.1.2.3 Homoparentalidade e a justiça hegemônica _____	153
5.2 A heterogeneidade parental e o direito _____	163
6 Considerações Finais _____	187
Referências Bibliográficas _____	196
Anexos I a IV _____	206

1 INTRODUÇÃO

A família e as pessoas estão em movimento. Mote do direito e da sociologia referente às últimas quatro décadas de estudos sobre a família tradicional, tendo por base as transformações no espaço doméstico, do consumo de tecnologias contraceptivas e conceptivas e da inserção da mulher no mercado de trabalho¹. Notável que, no decorrer do último século, a legislação brasileira passou a admitir tipos que alargaram pouco a pouco os limites da família legítima, principalmente com a paulatina isonomia da posição da mulher no casamento e dos filhos ilegítimos, conferindo, por via oblíqua, certo *status* jurídico ao concubinato².

As leis mais representativas desse mover-se é o Estatuto da Mulher Casada (1962) e a Lei do Divórcio (1977). A dimensão pública dos interesses

¹ Numa perspectiva jurídica brasileira, Orlando Gomes noticiou essas transformações da família e do direito de família, na década de 80, em estudo precursor, alertou sobre a inserção da mulher enquanto força produtiva "influindo em sua situação jurídica", defendendo o reconhecimento de direitos da concubina e necessidade de se flexibilizarem todas as formas da investigação de paternidade, a qualquer tempo e livremente, reconhecendo que "em diversos setores do Direito de Família, brechas cada vez mais largas rasgam-se na empena dos Códigos distantes da vida" (*O Novo Direito de Família*, Porto Alegre: Fabris, 1984). Sob o ponto de vista sociológico, ver, dentre outros, associando as transformações da maternidade com a globalização econômica e o consumo de tecnologias reprodutivas: Scavone, L. "Maternidade: transformações na família e nas relações de gênero", *Interface*. Comunicação, Saúde e Educação. Vol. 8, fev./2001); e discutindo a questão do trabalho feminino e gênero, os estudos de Bruschini, C.: "Trabalho feminino no Brasil: novas conquistas ou persistências da discriminação", disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lasa98/Bruschini.pdf>.

² Commaille, Jacques. "Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: émancipation, institution, protection". Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm>.

denominados privados esteve presente em todas as constituições brasileiras, mas de forma restritiva. Em 1988, o texto constitucional vem consagrar esse percurso, ao vincular os direitos de família – conjugalidade, parentalidade e parentesco – aos princípios e direitos fundamentais e integrar entidades familiares ao sistema protetivo do direito de família³.

A permissividade de certa diversidade no campo jurídico da família – no casamento; no pós-casamento, com o divórcio e a recomposição familiar; nos nascimentos fora do casamento; na monoparentalidade; no não-casamento; na união estável; no viver só e no direito a não procriar – dá indícios de que o pluralismo dentro do direito de família não seja uma concepção nova⁴, denunciando que pessoas estão a libertar-se do padrão heterossexual tradicional marcado pelo casamento, coabitação sexual e espacial e filhos⁵. Seria isso uma ruptura com a centralização da família tradicional existente nas sociedades ocidentais, baseada num tipo único, exclusivo, como unidade básica da sociedade?

É inegável uma evolução do direito na forma de regulação mais igualitária das relações afetivas, inclusive nas transformações legislativas

³ A sistematização entre o direito de família e os princípios constitucionais é um dos temas que tem preocupado juristas das duas últimas décadas. No Brasil, obras importantes como as de Luiz Edson Fachin (*Da Paternidade: relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996) e Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006), mudaram os paradigmas jurídicos na forma de interpretar o direito de família.

⁴ Sobre esse percurso histórico do direito de família e o pluralismo normativo, v. Lemouland, Jean-Jacques. "Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin", *Recueil Dalloz*, 180. Cahier, Chronique, 1997.

⁵ Roseneil, Sasha. "Viver e amar para lá da heteronorma", p. 33-51. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 76, dezembro 2006.

tendentes a igualdade da mulher frente ao cônjuge e aos filhos. Reequilibrar a família para atender aos anseios de uma ordem mais democrática e justa⁶, integrando os direitos fundamentais no plano da vida privada dos cidadãos, é um dos principais deslocamentos pelo qual a lei familiar tem passado. É o sentido das bases principiológicas do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e o Código Civil de 2002.

Consectária dessas alterações, a liberdade de contratualização no direito de família torna-se a aplicação prática desses preâmbulos, com a autodeterminação para pactuar e repactuar acordos conjugais conforme os interesses das partes, inclusive na filiação – adoção, formas de estabelecimento de guarda e visitas dos filhos e, mais recentemente, volição para aceder ao uso das tecnologias reprodutivas⁷.

⁶ Este também é o tema pelo qual perpassa Giddens, em: *A Transformação da Intimidade. Sexualidade, Amor, Erotismo nas Sociedades Modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

⁷ A questão da desregulamentação da esfera privada familiar é consentânea com a tendência atual de privatização das relações familiares nos sistemas jurídicos ocidentais, importando na liberdade de escolha conferida aos membros familiares, em vários aspectos da vida doméstica e pessoal, deixando-se uma legislação mínima para a proteção de menores e incapazes. No Brasil, neste contexto, há vários exemplos como: a educação e a liberdade para o planejamento familiar (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal), mais recentemente o consensualismo e a desjudicialização na separação judicial e no divórcio (separação consensual, o divórcio direto consensual, conversão de separação em divórcio e a escolha da forma de dissolução, judicial ou administrativa, contida na Lei n. 11.441/2007); e, nomeadamente, na conjugalidade e parentalidade, a escolha na forma de reprodução, natural ou artificial, bem como a forma de elas estarem envolvidas no projeto parental. Nesse sentido, o estudo de Pedroso, "Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial." *Oficina n. 171/CES*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. De qualquer modo, há se mencionar ainda que

O projeto parental assim concretizado instrumentaliza e rompe com o modo de reprodução tradicional fundado no dado biológico natural, ao trazer a possibilidade de concepção fora do corpo da mulher, *in vitro*, com material genético de terceiros e embriões a serem implantados.

A tudo isso se pode concluir que o direito caminha a passos largos para o justo, emancipando os cidadãos que se sujeitam à normatividade colocada pelo Estado, que abstratamente disciplina as condutas como meio de se atingir um fim maior, de igualdade, liberdade e autodeterminação da esfera familiar e pessoal?

Ao admitirem-se essas constatações que tão facilmente adentram em nossas mentes e corpos, não se estaria esquecendo do que importa: das vivências e experiências concretas dessas pessoas frente ao direito? De questionar se a sujeição à normatividade estatal corresponde efetivamente à vida em concreto e à autodeterminação das pessoas? Se a proteção normativa da família é emancipatória⁸ e plural quando deparada com a realidade social

prepondera o controle do Estado sobre o conteúdo destes contratos de âmbito familiar, sobre o qual as partes não podem dispor, como na reprodução assistida, a monetarização de embriões e o reconhecimento voluntário de pluriparentalidade.

⁸ Utilizo a denominação e o desafio elaborado por Boaventura dos Santos, na análise do direito no âmbito da transição paradigmática para pós-modernidade, da passagem da centralidade hegemônica do Estado em ditar regras para o pluralismo jurídico que emerge do social e que contribua para a redução da desigualdade nas relações de poder, como prática contra-hegemônica no combate à exclusão como relações de poder desiguais que geram opressão que afetam, dentre outros, as mulheres, as minorias, os homossexuais, as lésbicas. A discussão do caráter emancipatório do direito impõe um “despensar” ao campo normativo, suas bases positivistas e princípios hegemônicos, a começar pelo da igualdade que naturaliza e estende-se em equivalência entre iguais, excluindo o que é diferente. Diz Santos: “Tudo que é homogêneo à partida tende a transformar-se em violência

das famílias que se organizam para além das fronteiras jurídicas? As pessoas vivem suas afetividades, e para vivê-las necessitam de uma única normatividade excludente de outras?

No âmbito de tais indagações, pode-se afirmar que os elementos social e antropológico confrontados com o direito geram um choque à compreensão do direito por si mesmo, auto-referenciado na matriz positivista, como uma ciência com dinâmica própria, autônoma de elementos exógenos, neutra e universalizante.

E este é o fio condutor delineado nas interfaces entre o direito e o fato social, o direito e as ciências sociais, que coloca em questão a matriz positivista de produção do campo jurídico. Os desdobramentos dessa linha de abordagem implicam em averiguar o seguinte: ao integrar os direitos fundamentais de igualdade dentro das famílias, o direito privado conecta-os aos antigos modelos e seus códigos interpretativos?

Sendo a ciência jurídica essencialmente regulatória e positivista, seu entrecruzamento com essas as novas tecnologias reprodutivas faz-se com tensão entre a manutenção de modelos hegemônicos de família e o reconhecimento e abertura para diferentes modos de organização familiar e filial? Haveria uma tendência para a permanência de um padrão normativo de família, em resistência ao pluralismo?

exclusivista". O caráter emancipatório do direito implica essa admissibilidade do diferente sem torná-lo igual, "daí que as diferenças, por carregarem consigo visões alternativas de emancipação social, devam ser respeitadas. Compete àqueles que as reivindicam decidir até que ponto se desejam hibridar ou indiferenciar". ("Poderá o direito ser emancipatório?". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, maio de 2003, p. 3-77).

É um adendo do Código Civil brasileiro (vigente desde janeiro de 2003), a reprodução assistida. Vinculada ao dispositivo referente à presunção de paternidade no casamento, traz os avanços da ciência sem perturbar estruturalmente a bicategorização heterossexual da família hegemônica, fundada na parentalidade biológica. Ao que indica, o direito tende a integrar o dado científico e social à luz de modelos preexistentes, hegemônicos, e mantendo a lógica anterior sob nova roupagem, universaliza modelos, invisibiliza conflitos e abstrai-se do concreto em sua autonomia e auto-referência.

Nesses movimentos, desenvolve-se a questão de fundo desse trabalho. As famílias estão em permanente mutação em nossa sociedade, trazendo novos arranjos conjugais e filiais. Até então, as opções para a filiação passavam pelo liame biológico ou afetivo, com a adoção. O uso das tecnologias representa uma possibilidade de acesso, pela vontade, a outros meios – técnicos – para se atingir e concretizar o projeto parental⁹.

Não há democratização nesta forma de realização da parentalidade. A instrumentalização do projeto parental é um recurso que se insere na lógica da globalização e do mercado de consumo, na qual a autodeterminação e a liberdade de escolha de quando, quantos e como ter filhos passa pela oportunidade oferecida a alguns. Uma linha demarcatória de inacessibilidade tecnológica da maior parte da sociedade brasileira define o exercício e gozo da

⁹ O acesso às biotecnologias reprodutivas não se faz de forma igualitária. Aos pretensos usuários sobrepõem-se os abismos da pobreza e da exclusão, do acesso limitado aos centros de reprodução públicos, com regras públicas rígidas de aceitação ao padrão ilimitado e não controlado dos centros privados.

reprodução assistida, tendo por fatores a pobreza e/ou a inadequação aos critérios exigidos pelo modelo jurídico de família.

Esse é um dos aspectos que afasta as tecnologias reprodutivas da adoção: a dispensa aos recursos biotecnológicos excludentes, com tendência a integrar-se, seja pelo direito, seja pelas práticas sociais, a princípios solidaristas e afetivos sem passar pelo viés do consumo globalizado.

Desses pressupostos, advêm as perguntas que irão derivar em meu objeto de estudo: como o direito responde a esses impactos originados pelo uso social dessas biotecnologias? O direito abre novas fronteiras para além do modelo hegemônico de parentalidade calcado no laço biológico? Há o reconhecimento de direitos a outros sujeitos com autodeterminação de seus próprios interesses reprodutivos, fora da família biparental e heterossexual? O acesso às ciências biotecnológicas enquanto uma autodisciplina abala os limites do positivismo jurídico? Ao visibilizar a premissa hegemônica do direito posto, dá-se uma ruptura epistemológica da modernidade para a pós-modernidade¹⁰, ao reconhecer a diversidade e normatividade exterior ao mundo do direito em confronto com o modelo jurídico positivista e unitário de família, exclusivamente regulado pelo Estado? A normatividade das relações familiares alteradas pelo acesso à técnica força novas linhas de compreensão naturalizada e biologizada da parentalidade? O uso da biotecnologia pela

¹⁰ A questão situa-se no âmbito dos horizontes teóricos de André-Jean Arnaud, acerca da problemática da pós-modernidade integrada à globalização, com repercussões no campo jurídico representadas pelo fim do monopólio da legalidade pelo Estado, revelando a pluralidade jurídica, a fragmentação e a transgressão desse pressuposto liberal, especialmente tratado em: "De la globalisation au postmodernisme en droit", p. 147-178. *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*. Paris: L.G.D.J., 1998.

sociedade e, especificamente, no campo familiar, poderia resultar em conteúdos emancipatórios, não discriminatórios e inclusivos?

Para responder a essas questões, parte-se das seguintes hipóteses de trabalho: é inegável o *gap* entre a lentidão da produção legislativa e a ciência, sendo que o uso social das biotecnologias causa um profundo impacto no direito, ao trazer para este campo a velocidade dos avanços científicos integrados e realizados no cotidiano das pessoas, influenciando mudanças comportamentais aceleradas no que concerne à parentalidade.

O tecnicismo reprodutivo traz consigo o germe da mudança de paradigmas, na transição da modernidade e a pós-modernidade, ao ampliar no campo jurídico questões da heterogeneidade, do feminismo, da pluralidade, mesmo na permanência hegemônica (*law in book* e *law in action*) de um tipo familiar positivado.

É de se observar que na discussão das transformações advindas com as práticas e usos das biotecnologias reprodutivas, revelando estruturas hegemônicas da família e do parentesco, nem todas as decorrências deste uso dão-se uniformemente diante da diversidade (casal heterossexual, pessoas solteiras, casal homossexual, pobres e ricos), mesmo que dentro deste múltiplo¹¹, pessoas possam orientar-se pelo *ethos* da amizade, da solidariedade e do cuidar.

¹¹ Mello, entende que: "Essencialismos à parte, há diferenças importantes entre as experiências de conjugalidade homossexual e heterossexual, a começar pelo preconceito e discriminação sociais que atingem a primeira, pela limitação da possibilidade de reprodução biológica sexuada apenas à segunda e pelas especificidades de gênero que atribuem singularidade a cada um dos três tipos de casal (...). Todavia, para além destas especificidades, quando se pensa a

Por força da dominação da heteronormatividade e modo pelo qual esse fator encontra-se presente na discursividade jurídica, esses referenciais apresentarão abordagens diferenciadas no âmbito desta tese, sem que isto represente uma concordância com essa ótica dual de interpretação da variedade da vida íntima, ou que gere abordagens excludentes. Pois, no caso dos heterossexuais, a fertilização assistida resultante da infertilidade do casal tem de imediato a reprodução, noutra escala, da família hegemônica, do espaço doméstico tradicional e da biologização da filiação, muito embora haja intervenção de outros atores no processo procriativo.

Esta tese foi feita com base numa pesquisa no campo das leis, das decisões judiciais, da doutrina e dos procedimentos brasileiros em relação ao uso das novas tecnologias reprodutivas nas famílias (heterossexuais, monoparentais e homossexuais). Objetivando a interdisciplinaridade, suas interfaces com a sociologia e a antropologia. Entremeia esta análise a problemática do gênero presente nas questões de parentalidade, perpassando por todos os capítulos da tese. A complexidade e a inter-relação entre os fenômenos sociais e o campo jurídico tornam imprescindível o uso do gênero como uma categoria analítica, quer para demonstrar a historicidade da parentalidade e da conjugalidade, desconstruindo a naturalização biológica do parentesco, quer para evidenciar a falta de neutralidade científica, a

conjugalidade a partir de projetos identitários plurais e de uma concepção não rígida de sexo e gênero, o que se observa é que (...) podem, igualmente, partilhar investimentos afetivos e materiais (...)” (Mello, Luiz. “Outras famílias: A construção social da conjugalidade homossexual no Brasil”, *Cadernos Pagu*, n. 24, janeiro-junho 2005, p. 222-223).

instabilidade¹² de conceitos binários¹³ sobre as diferenças sexuais na pós-modernidade, e das relações de poder e opressão entre os sexos¹⁴ e na diversidade sexual¹⁵.

Diretamente, serão investigadas as fontes tradicionais do direito: (i) teoria jurídica brasileira (doutrina); (ii) legislação brasileira (lei) e projetos de lei (legislação constituenda) em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal; e (iii), por fim, casos julgados por tribunais brasileiros

¹² No sentido conferido por Lyotard ao se opor à ciência positivista da eficiência, na produção do desconhecido, do imprevisível ("A ciência pós-moderna como pesquisa de instabilidade", p. 99-110. Lyotard, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004).

¹³ Neste ponto, J. Flax afirma que para se entender o gênero enquanto relação social torna-se necessário a desconstrução, pelas teóricas feministas, os significados dados a biologia/sexo/gênero/natureza. ("Pós-modernismo e relações de gênero na teoria feminista", p. 217-250. Hollanda, Heloísa Buarque de. *Pós-Modernismo e Política*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992).

¹⁴ O gênero enquanto uma categoria analítica oferece, segundo Scott, visibilidade da dimensão histórica do "homem" e da "mulher", enquanto categorias "vazias e transbordantes", defendendo que não guardam um significado definitivo, em si, por natureza, ao mesmo tempo que uma vez definidas, sempre transbordam seus significados outras definições que são "negadas ou reprimidas" (Scott, Joan. "Gênero: uma categoria útil para a análise histórica". Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/generodh/gen_categoria.html).

¹⁵ A crítica de Butler à episteme binária que coloca como parâmetros exclusivos o casamento, a família e o parentesco para se pensar a vida sexual dos indivíduos, discutindo que os direitos dos gays e lésbicas ao casamento, à adoção e à tecnologia reprodutiva devem ser assegurados fora da moldura do casamento e da família, estruturados nesta lógica. Sustenta ainda que "uma transformação social mais radical está em jogo precisamente quando não permitimos, por exemplo, que o parentesco seja reduzido à 'família', ou quando não permitimos que o campo da sexualidade seja medido em relação ao casamento" ("O parentesco é sempre tido como heterossexual?", *Cadernos Pagu*, n. 21, 2003, p. 219-260).

(jurisprudência) que contenham novas realidades da parentalidade enquanto normatividades emergentes do fato social e nas famílias.

Organiza-se o estudo em quatro capítulos. O primeiro, ao trazer os pressupostos teóricos da ruptura epistemológica do direito, na transição da modernidade à pós-modernidade, tem por objetivo avaliar as permanências e resistências da epistemologia positivista no campo jurídico e suas interfaces com o campo doméstico marcado pelo determinismo biológico e relações de dominação masculina. Limitações essas que dão visibilidade ao caráter regulatório e refratário do direito frente ao reconhecimento de novas formas de organização do afeto na parentalidade, na era das novas tecnologias reprodutivas, reforçando a biologização da família e a biparentalidade.

Na sequência à discussão principiada, dá-se amplitude com as questões de gênero no direito. O segundo capítulo consiste na averiguação da introdução da perspectiva de gênero no âmbito dos estudos jurídicos e seus efeitos sobre a racionalidade positivista. Coloca sob essa crítica, os contornos da autodeterminação para o uso das novas tecnologias reprodutivas, sob forma de consentimento, e a questão da igualdade parental, trazendo como análise de caso a primeira decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2007), versando sobre o direito a não procriar e a reprodução assistida na heteroparentalidade, desenvolvendo-se nessa parte duas frentes: a isonomia entre homem e mulher no uso da tecnologia reprodutiva e a contratualização da reprodução assexuada em face do modelo parental hegemônico.

No terceiro capítulo, será apresentada análise dos efeitos do uso social das biotecnologias no campo da produção legal, a partir da prática do exame de DNA e das novas tecnologias reprodutivas. A abordagem deste capítulo

será estendida às normas jurídicas em geral, desde a lei propriamente dita e os projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, até às políticas públicas de incentivo e acesso à reprodução assistida e, por fim, às normas éticas do Conselho Federal de Medicina, pertinentes ao assunto.

O quarto capítulo volta-se ao campo dos reflexos das biotecnologias nas decisões judiciais, sob dois aspectos: a perícia de DNA, de ampla utilização no Brasil desde 2000, que ocasionou mudanças na concepção jurídica de parentalidade, ao abalar as estruturas hegemônicas de parentalidade diante do reconhecimento do fato social construído e do afeto, em detrimento do biológico; e, das recentes e escassas decisões envolvendo conflitos decorrentes do uso da reprodução assistida. Este capítulo objetiva trazer as respostas da Justiça frente a práticas sociais contra-hegemônicas e de como parte da jurisprudência brasileira tem sido inovadora ao reconhecer a transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade, com pluralidade de racionalidades e sujeitos de direitos, especialmente tratado na problemática subjacente à filiação de gays, lésbicas e transgêneros, mesmo dentro de uma cultura jurídica predominantemente positivista e heteronormativa. Ainda, pretende desenvolver e caracterizar, no viés da interconectividade do direito como fenômeno social e como ciência, dentro da concepção jurídica das famílias, a discussão em torno das tecnologias reprodutivas e heterogeneidade da parentalidade.

O perfil desta tese guarda uma razão própria: meu percurso interdisciplinar, com formação inicial em ciências sociais (UNESP, 1989) e, posteriormente, em direito, graduação (PUCCamp, 1996) e mestrado (USP, 2001), retornando, no doutoramento, à sociologia, em 2004. Meus caminhos

acadêmicos indelevelmente marcam este trabalho, tanto nos “jurisdicimos”, quanto na busca de novos campos e dimensões do conhecimento que possibilitem a superação do embrutecimento que a segmentação das ciências proporciona ao conhecimento e, especificamente, ao dia-a-dia fragmentado de todos aqueles que atuam como profissionais de direito e que sentem as limitações metodológicas e hermenêuticas, quer no ensino jurídico quer nas disputas judiciais, para uma resposta mais efetiva na promoção da igualdade e do reconhecimento da heterogeneidade nas famílias contemporâneas.

2 A MODERNIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste primeiro capítulo, ao discutir-se as fronteiras do positivismo jurídico e a conformação do modelo hegemônico de família, enquanto crítica do padrão heteronormativo dominante na família, legitimado pela prática jurídica elaborada na codificação civil positivada na modernidade, será abordada a parentalidade frente ao uso social das biotecnologias naquilo que Boaventura de Souza Santos denominou por transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade: o direito passa a reconhecer a pluralidade de normatividades exteriores ao positivismo jurídico.

2.1 Fronteiras do Positivismo Jurídico

Para abordar a hegemonia dentro da ciência do direito, com repercussões na forma de compreensão do espaço familiar, torna-se necessária a compreensão desse pensamento jurídico no quadro epistemológico em que se insere. Dentre as críticas ao pensamento moderno, a contemporaneidade tem redesenhado os parâmetros das ciências que, de um modo geral, sustenta Morin, não podem abster-se do critério da complexidade em seus paradigmas¹⁶ epistemológicos, da reflexão do princípio da relatividade einsteiniano, do princípio da indeterminação de Heisenberg, da descoberta da “antimatéria”, do anti-elétron e anti-nêutron, na medida em que “tudo o que diz respeito ao homem nos revela ao mesmo tempo o homem em movimento e o homem permanente; o homem diverso e o homem uno. O

¹⁶ Adoto o conceito de paradigma de André-Jean Arnaud, seguindo a definição de Thomas S. Kuhn, compreendendo o conjunto de conceitos válidos por um tempo, dados pela comunidade científica, no caso, os paradigmas da ciência moderna. (*Critique de la Raison Juridique*. 2. Gouvernants sans frontières: Entre mondialisation et post-mondialisation. Paris: LGDJ, 2003, p. 87).

mistério da interioridade do homem encontra-se em suas obras, em seus mitos, suas projeções; procurar o interior no exterior. Seria preciso mostrar que há menos materialidade no real do que parece, mais realidade no imaginário do que acreditamos e, através desta aproximação, tentar considerar seu estofo comum: a realidade humana".¹⁷

Tal postura epistemológica confronta-se com a compartimentação da ciência moderna fundada em métodos que não permitem a percepção das partes e o todo em suas múltiplas relações e complexidades, mas sim residem em visões dicotomizadas do mundo, com pares antagônicos, natureza e cultura, sujeito e objeto, universal e particular.

A *Meditação Primeira* traz o discurso de Descartes sobre a dúvida que os sentidos devem despertar no *cogito* e, sob o argumento do sonho - que imita a realidade, como falsas ilusões -, estende a dúvida a todo conhecimento sensível¹⁸, demonstra que há apenas uma coisa segura que é a do *cogito*. E, no plano do conhecimento, apenas é seguro aquilo que pode ser clara e distintamente concebido: o racionalismo cartesiano, estruturado sobre o sujeito pensante revela uma dicotomia do mundo: *res cogitans* e *res extensa*.

Morin, em movimento contrário à ciência que se estrutura a partir de conceitos polarizantes (causa e efeito, sujeito e objeto, bem e mal, lícito e ilícito), contraditórios, reducionistas¹⁹ e racionalistas, contrapõem conceitos

¹⁷ *Em Busca dos Fundamentos Perdidos*. Textos sobre o marxismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002, p. 64.

¹⁸ *Discurso do Método*. Para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. *Descartes*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 258-259.

¹⁹ *Em Busca dos Fundamentos Perdidos*, p. 112.

relacionais que possibilitem verificar-se a essência da realidade em sua multidimensionalidade, de forma a reencantar o mundo²⁰.

2.1.1 A ruptura epistemológica: do moderno à pós-modernidade

Essa forma de conhecer e regular é exemplificativa da crise paradigmática que parpassa a epistemologia científica disjuntiva estruturada ao longo da modernidade, voltada para o progresso e a ordem do mundo moldado no princípio fundante da causalidade que tem por objetivo a intervenção no real²¹, que se amplia com a politização da ciência.

Boaventura dos Santos coloca em evidência esse colapso do modelo científico dominante, com a perda gradativa de sua autonomia e auto-regulação diante da industrialização da ciência, que definem as prioridades para a investigação científica²², com dotações econômicas, financiamento e estruturação material das pesquisas.

E defende para as ciências um novo paradigma que não só supere essa epistemologia disjuntiva dos pares antagônicos, como também volte-se para os

²⁰ Nas colocações de Morin, somente o pensamento complexo, não maniqueísta, não reducionista, não compartimentado estaria apto a apreender a multidimensionalidade das realidades, ou seja, considerando as partes em sua relação com o todo e o todo em suas relações com as partes. O reencantamento do mundo consiste na transformação do mundo através de uma epistemologia que compreende os fenômenos sociais em sua realidade multidimensional, afastando a razão segmentada e bipolar, forjada na lógica cartesiana. Da crise dos paradigmas da ciência moderna cartesiana, surge a proposta de reencantamento do mundo reconectando o Homem em suas múltiplas dimensões espaciais e temporais. (*Em Busca dos Fundamentos Perdidos*, p. 113).

²¹ Santos, Boaventura dos. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 14ª. ed. Porto: Afrontamento, 2003, p. 32.

²² *Op. Cit.*, p. 34.

fins sociais da ciência, cujo conhecimento deva propiciar uma “vida decente”²³, hábil a possibilitar transformações no mundo social, mediante uma “transgressão metodológica” a afastar as fronteiras das disciplinas compartimentadas.

Refletindo esses pressupostos, no campo do direito, o positivismo jurídico torna-se a expressão dessa segmentação científica, disciplinar, ao aprofundar as diferenças principiológicas entre as ciências da natureza (princípio da causalidade) e as ciências jurídicas que têm por objeto a conduta humana e são orientadas pelo princípio, nomeado por Kelsen, da “imputação”.

Na teoria monista, Kelsen propõe que a essência da norma jurídica seja estabelecer, no mundo do *dever ser*, a ligação entre o delito e a sanção, de forma a distinguir a lei da natureza e a norma jurídica. Na interpretação científica do mundo, reduzida à doutrina positivista do direito, Kelsen entende ser prioritária a distinção entre a “lei da natureza” e a “regra do direito”, fazendo com isso o enquadramento da conduta humana em correta ou incorreta, lícita ou ilícita²⁴.

O fundamento da validade do direito encontra-se no pressuposto “lógico-transcendental” da norma fundamental e, nesse ponto, o direito positivo afasta-se de fundamentações não normativas, de caráter ético, político, econômico ou social, pois a “questão de saber se o conteúdo jurídico definido através do processo de direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade”²⁵.

²³ *Op. Cit.*, p. 37.

²⁴ Kelsen, Hans. *O que é Justiça?* 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 325.

²⁵ *O Problema da Justiça*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 117.

Em razão disso, Kelsen, dentro do que denomina “dinâmica jurídica”, a qual volta-se ao estudo do funcionamento do direito dentro dos critérios de unidade do ordenamento, legitimidade, validade e eficácia das normas jurídicas; critica a noção de fontes do direito por trazer consigo uma pluralidade de significações tais como as representações que influenciam a criação e aplicação das normas (ética, política, economia, sociedade) que são extra-jurídicas e não vinculantes²⁶, pois, dentro da concepção do positivismo jurídico, a fonte exclusiva do direito é tão-somente e exclusivamente a norma jurídica estatal.

E, exatamente, neste ponto de cisão entre o direito e as demais ciências, naturais e sociais, erige-se o positivismo jurídico kelseniano, abrem-se os olhares críticos da suposta neutralidade²⁷. Sustenta o jurista Orlando Gomes, em texto intitulado *Kelsen e Marx*, dirigido aos alunos de pós-graduação em direito da Universidade da Bahia, em fins da década de 50, que a teoria normativa do direito seria como uma “ciência solta no espaço”, sem correlação com as condições sociais em que vige e a desconsiderar as bases e finalidades ético-sociais do direito.

À época, Gomes coloca em evidência a existência de crise do direito e da justiça associada ao legalismo autoritário e formalista diante do caráter social, coletivo e político das reivindicações da atualidade, defendendo a “humanização” do Direito por intermédio de uma magistratura atuante, *viva vox juris*²⁸.

²⁶ *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 259.

²⁷ *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81.

²⁸ *Op. Cit.*, 115.

A falta de criticismo do positivismo jurídico conduz o direito a um caminho perigoso, não só diante do descompasso entre o direito formalmente válido e a realidade social, ou da cisão *law in book* e *law in action*²⁹ analisados pela sociologia jurídica, podendo fazer com que se distancie da lógica da razoabilidade, do julgamento social e pessoalmente justo.

O conhecer do direito encontra-se no campo da dogmática jurídica, com seu controle sobre os mecanismos de legitimação, validade e eficácia das normas, porém, ausenta-se desse formalismo científico o refletir, o pensar o significado do seu conteúdo para que não ocorra adesão acrítica às condutas positivadas na sociedade, de modo a perpetuar a separação sujeito/objeto e a racionalidade reducionista das relações entre direito e sociedade³⁰.

Com o “pensar do significado” da norma jurídica e do direito, abre-se um novo caminho epistemológico no qual a hermenêutica assume uma função construtiva na consideração dos fins sociais e éticos como critério de justiça, ou seja, flexibilizando-se a interpretação e aplicação da norma jurídica teleologicamente voltada para a concretização de um direito atualizado e justo, eticamente diferente, muitas vezes, da norma jurídica preexistente³¹.

²⁹ Ver, dentre outros: Faria, José Eduardo; Campilongo, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991 e Ferreira, Antônio Casimiro; Pedrosa, João. Entre o passado e o futuro: contributos para o debate da sociologia do direito em Portugal, p. 333-363. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 52/53, nov.-fev./1998-1999.

³⁰ Morin, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 138.

³¹ Lafer, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 281 e 283.

De outra parte, com as aceleradas transformações das sociedades ocidentais capitalistas nas últimas décadas, no âmbito das relações nacionais e internacionais – em linhas gerais, no plano macroeconômico com a globalização, o neoliberalismo e a crise dos Estados-Providência, as desigualdades sociais e exclusão, a miséria, os desníveis econômicos entre os países, a pobreza, a imigração e, no plano das relações privadas e das mentalidades, os movimentos sociais de luta pela terra, os direitos coletivos e trans-individuais, as gerações de direitos humanos, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a redução da taxa de natalidade, o divórcio, os métodos contraceptivos, os direitos reprodutivos, as novas tecnologias reprodutivas, os movimentos de gays, lésbicas e transexuais, a liberdade e autodeterminação da pessoa –, tornam cada vez mais pungente a compreensão transdisciplinar dos campos científicos entre si, o jurídico e o social, no caminho de um “pluralismo metodológico”³² como resposta às novas questões e aos novos temas da atualidade.

Para Boaventura dos Santos, a transição dos paradigmas científicos da modernidade, representativo da desumanização do objeto – *res extensa* – a segmentar a natureza e a sociedade tornando o conhecimento instrumental e regulatório, compreende também o direito e seu “des-pensar”, como um direito não mais unitário e exclusivamente legitimado pelo Estado. A policentralidade normativa e a interlegalidade, concebem um “direito poroso constituído por

³² Ferreira, António Manuel C. de Casimiro. *Trabalho Procura Justiça*. Os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35.

múltiplas redes de ordens jurídicas que nos forçam a constantes transições e transgressões”³³.

Arnaud sustenta, com base em Foucault, Lyotard, Baudrillard e Derrida, que, a partir da compreensão pós-moderna do direito analisada no âmbito da filosofia e das ciências sociais, desconstrói-se e fragmenta-se a realidade jurídica enquanto uma ordem autônoma, legalizada e estatal, rompendo com a naturalizada dicotomia entre o Estado e sociedade civil, tal como ocorre com as formas alternativas e informais de direito e de solução de conflitos³⁴.

Ao associar a questão da pós-modernidade à globalização, à crise do Estado-Providência, à fragmentação das soberanias dentro da dialética global e local (estatal, supra-estatal e infra-estatal), e à mutação das técnicas e tecnologias, aponta para as mudanças nas dimensões da vida jurídica, em especial no que se refere à fragmentação da legalidade e à transgressão dos espaços atinentes ao pluralismo jurídico³⁵.

A ruptura epistemológica do pós-modernismo jurídico, na visão de Arnaud, inverte a ordem anterior de caracterização de um direito axiomático, generalizante e piramidal (Kelsen). Centrado no sujeito enquanto atributo do ser humano e, por conseguinte, universalizante, simplista, que o direito na modernidade confere seguridade às relações jurídicas e pressupõe a separação entre Estado e sociedade civil. Na pós-modernidade, em

³³ Santos, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 221.

³⁴ Arnaud, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme en droit. Arnaud, A. J. *Entre modernité et mondialisation*. Cinq leçons d’histoire de la philosophie du droit et de l’État. Paris: LGDJ, 1998, p. 149-150.

³⁵ De la globalisation au postmodernisme en droit, p. 151.

contrapartida, o direito caracteriza-se pelo pragmatismo e relativismo, pela descentralização do sujeito, pela pluralidade de racionalidades, pela sociedade do risco, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas dentro do quadro complexo de “logiques éclatées”³⁶.

Ao discutir a premissa monocentralidade enquanto postulado teórico do positivismo legalista, o autor propõe, em consideração à dimensão social do direito, a policentricidade da produção³⁷ das normas – “pluralisme des rationalités” – por setores especializados (cultural, social, político, econômico, científico etc.), modificando e deslocando os contornos das fronteiras do modelo positivista fundado na normatividade estatal, aproximando-se, assim, da noção da complexidade aplicável ao direito.

Para Arnaud, a pós-modernidade não só revela que o sistema jurídico não se reduz ao direito do Estado, como também a produção de normas jurídicas e resolução de conflitos dá-se sob forma de estruturas em rede,

³⁶ De la globalisation au postmodernisme en droit., p. 153-167. V. ainda, do mesmo autor, a respeito das pesquisas sócio-jurídicas dos últimos decênios sobre esses temas: *Critique de la Raison Juridique*. 2. Gouvernants sans frontières: Entre mondialisation et post-mondialisation. Paris: LGDJ, 2003 e Arnaud, André-Jean; Dulce, María José Farinãs. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

³⁷ Para Arnaud e Dulce, tomando por base o pensamento de Kantorowicz, o conceito sociológico de pluralismo jurídico entremescla-se com a concepção sociológica de fontes do direito e remete à idéia de que junto ao direito estatal coexistem, com independência, outros sistemas jurídicos, harmoniosamente ou em conflito (Arnaud, André-Jean; Dulce, María José Farinãs. *Sistemas Jurídicos*, p. 86-87). Sobre os diferentes conceitos de pluralismo jurídico em direito, em sociologia do direito e em antropologia, v. Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Paris: LGDJ, 1988, p. 300-304.

sistemas circulares ligados por relações de complexidade, inerentes às relações sociais e econômicas.

Decorrentes da fragmentação das soberanias, Arnaud sustenta que cada sistema – oficial, alternativo ou informal de produção do direito – possui uma racionalidade própria, uma concepção particular da normatividade, dando-se uma modificação da concepção de regra de direito flexibilizada de natureza plural.

Sem retirar a especificidade do campo jurídico, essas abordagens permitem confrontar a rigidez do positivismo jurídico e das linhas de exclusão pautadas entre o lícito e o ilícito, o permitido e o interdito. Colocam em relevo suas insuficiências epistemológicas nas conexões com o social, na compreensão de sujeitos de direitos concretos e múltiplos.

2.1.2 A problematização do espaço doméstico e a parentalidade.

Estendendo esses pressupostos teóricos para o espaço familiar, diga-se que o vínculo de parentalidade existente no Código Civil de 1916³⁸, em semelhança ao Código Napoleônico (1804) e seguindo às determinações da Constituição brasileira de 1891, legitimava-se na família constituída pelo casamento civil. A filiação legítima pressupunha o casamento e a presunção de paternidade (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*) e a ilegítima, tida por espúria ou natural, encontrava-se excluída da concepção jurídica da família

³⁸ Código Beviláqua, primeiro Código Civil brasileiro. Até então, as normas pertinentes à filiação encontravam-se nas Ordenações portuguesas que vigoraram até o término da *vacatio legis* deste código, em 1917. É de se mencionar que o Código Comercial (1850) e o Código Penal (1830), mas no campo dos direitos civis só mais tardiamente surgiu a codificação, muito embora houvesse a lei para casamento religioso de a-católicos (1870) e a lei do casamento civil (1890).

e mesmo que o filho pudesse, em alguns casos (de início apenas os filhos naturais, ou seja, nascidos de pais que não eram casados, porém não tinham impedimentos matrimoniais e jamais os espúrios³⁹, que eram oriundos de relações concubinárias ou incestuosas), pretender judicialmente a paternidade, os efeitos dessa eram limitados pessoal e patrimonialmente, especialmente nos direitos sucessórios.

O modelo jurídico familiar continha uma intrínseca contradição: a inclusão sócio-jurídica nascida com os modos de admissibilidade da filiação legítima (regra geral de exclusão) e a exclusão sócio-jurídica da filiação ilegítima, que coexistiam no sistema, como pessoas de primeira categoria (igualdade formal) e pessoas de segunda categoria, à margem da integração familiar, social e jurídica (desigualdade real).

De outra parte, as relações internas nas famílias guardavam profundas desigualdades de gênero, com a figura do “chefe de família”, capacidade relativa da mulher casada e incapacidade para o trabalho, nada obstante, em termos do direito constitucionais, preconizar-se o princípio da igualdade como fundamento do Estado.

Assim, os mecanismos jurídicos disciplinadores da esfera doméstica eram marcados pela lógica da exclusão, família legítima e ilegítima, filiação legítima e ilegítima, dominação masculina e subordinação feminina, sendo que o vínculo filial era tido por um fato jurídico da procriação, advindo da relação sexual entre os genitores (parentesco por consangüinidade), construído no seio da família legítima.

³⁹ Somente com a Lei n. 7.841/89, permitiu-se o reconhecimento judicial da filiação espúria.

O artifício jurídico da formação do vínculo filial biológico e natural articulava-se pela presunção *pater is est*, que somente em hipóteses legais muito restritas podia ser afastado mediante procedimento judicial, sob forma de ação de contestação ou impugnação da paternidade. Pelo rigor da aplicação e quase inafastabilidade da presunção, a verdade jurídica confundia-se com a verdade biológica, mesmo que, em determinados casos, não consistisse em verdade real.

Tal compreensão do fenômeno jurídico, por parte dos juristas e sociólogos, traz à evidência não só o descompasso do modelo positivista para atender especialmente às novas problemáticas e reclamos do mundo contemporâneo, como também apresentam projetos científicos de superação que procuram aproximar o direito da realidade e das práticas sociais no reconhecimento e integração dessas racionalidades complexas pelo direito oficial.

Isso coloca em evidência a crise do paradigma positivo-formalista do direito leva a uma profunda discussão das bases epistemológicas desse modelo fundado em dicotomias estanques fundamentadas na neutralidade, monocentralidade e segmentação entre o direito (Estado) e a sociedade, conduzindo à clivagens do social e das pessoas concretas – sujeitos de direito –, em suas múltiplas dimensões.

A possibilidade epistemológica de sujeitos múltiplos tem seu contributo, na crítica feminista da ciência, que igualmente tem questionado os paradigmas científicos da modernidade e suas noções de universalidade e neutralidade. A partir da perspectiva de gênero, a compreensão histórica e social da elaboração científica, denuncia seu perfil patriarcal: “o *sujeito* das ciências tem

sido o homem branco, ocidental, e, portanto, as construções científicas são essencialmente ‘masculinas’, não são universais, e sim particularizantes”⁴⁰.

Boaventura dos Santos analisa a policentricidade – o pluralismo jurídico e a interlegalidade –, da produção das normas jurídicas em espaços estruturados e articulados entre si sob a forma de “constelações de poder, de direito e de conhecimento que emergem nos campos sociais concretos”⁴¹, que implicam e contém outros poderes, direitos e conhecimentos para além do oficial e se reproduzem por modos de produção internos e próprios.

Especificamente, a normatividade do espaço doméstico, organiza-se com fundamento em relações de gênero e apresenta-se como espaço institucional das relações de conjugalidade, família e parentesco identificado pela afetividade entre seus membros.

Esse poder desnivelado, androcêntrico, embora representativo do espaço doméstico, não se reduz a ele. Dilui-se nas relações sociais, tendo visibilidade nas inúmeras formas de discriminação e violência contra a mulher, impregnando os valores predominantes da sociedade que polarizam a mulher/espço privado e homem/espço público, como categorias dissociadas e segmentadas, na medida em que a questão da “violência de gênero não tem

⁴⁰ Sardenberg, Cecília M. Bacellar; Costa, Ana Alice A. (orgs.) *Feminismo, Ciência e Tecnologia*. Salvador: REDOR/NEM-FFCH/UFBA, 2002, p. 15.

⁴¹ *A Crítica da Razão Indolente*, p. 274-275. Santos apresenta seis espaços estruturais enquanto modos de produção da prática social, os espaços: doméstico, da produção, de mercado, da comunidade, da cidadania e o espaço mundial.

um caráter privado, mas público. O fato de ocorrer, via de regra, no interior do domicílio, não nega a sua natureza pública”⁴².

Há, contudo, que se apontar para uma tensão entre o poder masculino⁴³ estigmatizante do espaço doméstico e as novas perspectivas da mulher em sociedade, considerando-se suas rupturas e permanências: a tendência nas sociedades ocidentais, e no Brasil, para maior autonomia das mulheres especialmente com a inserção no mercado de trabalho, a partir da década de 70, a autonomia para dissolver o casamento pelo divórcio, a autonomia procriativa das tecnologias contraceptivas e o aborto.

A normatividade emergente do espaço doméstico, marcada pela dominação masculina e procriação biologizada, alarga-se em outras dimensões sociais, da produção, da participação política e da cidadania, dando visibilidade a variadas formas de violência contra a mulher – simbólica, real, política, jurídica, familiar, econômica e social – e o aspecto relacional entre os sexos, enquanto uma construção social dos gêneros feminino e masculino, explicitado

⁴² Saffioti, H. O Estatuto Teórico da Violência de Gênero, p. 156-157. Santos, José Vicente Tavares (org.). *Violência em Tempo de Globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

⁴³ Há que se mencionar a crítica de parte da teoria feminista sobre o conceito do poder patriarcal dos homens em relação às mulheres enquanto fórmula explicativa única e universalizante, sujeita a uma naturalização das desigualdades. Epistemologicamente, torna-se inconcebível a adoção de premissas universalizantes, especialmente as que naturalizam as desigualdades sociais entre os sexos, sem contextualizá-las ou relacioná-las com outros elementos da modernidade, introduzem-se, em resposta, nas ciências sociais os conceitos das escolas francesa e inglesa como “relações sociais de sexo” e de “gênero”, conceitos relacionais e não biologizantes. V. sobre o assunto: Scavone, Lucila. Recursos conceituais: feminismo e ciências sociais, p. 47-60. Scavone, Lucila (org.). *Tecnologias Reprodutivas*. São Paulo: UNESP, 1996.

na forma exclusivista e essencialista do homem prover e da mulher maternar⁴⁴, dicotomizando não só o público e o privado, como também circunscrições dentro do público e dentro do privado, na invisibilidade do “teto de vidro”⁴⁵ sob uma perspectiva de gênero enquanto uma construção social relacional⁴⁶ e que permite vislumbrar a situação de sua reprodução diante das novas tecnologias e suas interfaces com o direito.

2.2 As Técnicas e o Princípio Biologizante do Modelo Familiar Hegemônico

O primado da consangüinidade da filiação constitui, na cultura jurídica ocidental, o modelo hegemônico das relações de parentesco tendo por sustentáculo na lógica da natureza⁴⁷. A família nuclear concebida no âmbito da legislação civil tem por pressuposto o dado da natureza como pré-condição

⁴⁴ A questão da mulher maternar, de per si, não é negativa nem positiva. Porém, quando considerada como um atributo natural na mulher, revela posições de dominação do masculino sobre o feminino. Sobre a questão da “maternagem” e da “paternagem” no sentido do cuidar e da afetividade, v. Saffioti, Heleieth I. B. *Gênero e Patriarcado*. , p. 43-59. Venturi, Gustavo; Recamán, Marisol; Oliveira, Suely de. (orgs.) *A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

⁴⁵ Badinter, a exemplo, alerta que mesmo após a batalha de mais de 30 anos das feministas pela paridade na França, os homens ainda “conservam ciosamente o poder que condiciona todos os outros; o poder econômico e financeiro”. O “teto de vidro” é efetivamente um limitador da cidadania das mulheres no caminho da igualdade de condições na sociedade, conduzindo-as, ao essencialismo das tarefas domésticas e familiares no casamento, diante da supremacia financeira dos homens. (Badinter, Elisabeth. *Caminho Errado*. Porto: ASA Editores, 2005, p. 108.)

⁴⁶ Rago, Margareth. E se Nietzsche tivesse razão? A categoria do gênero no pós-estruturalismo, p. 36. Scavone, L. (org.) *Tecnologias Reprodutivas*. São Paulo: UNESP, 1996.

⁴⁷ Bourdieu, Pierre. *Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2002.

para estabelecer-se e requisito predominante na determinação da paternidade e da maternidade.

No plano do direito o conceito da filiação é fundado em um fato jurídico da natureza, estabelecendo uma “relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas das quais uma é nascida da outra”, com conseqüências advindas dessa relação consangüínea de parentesco que considerada quanto ao filho, recebe o nome de *filiação*, quanto ao pai, *paternidade* e quanto à mãe, *maternidade*.⁴⁸

2.2.1 Do modelo jurídico unitário à pluralidade

A filiação inserida na família-tipo⁴⁹, tida, antes da Constituição Federal de 1988, por legítima quando ocorrida no casamento e, após, recebendo a denominação de filiação havida dentro do casamento, é caracterizada pela heterossexualidade, falta de impedimento de sangue (tabu do incesto), monogamia, fidelidade conjugal, coabitação espacial e sexual como elementos do contrato de casamento e, ao mesmo tempo, pressupostos que asseguram a transmissão do nome e patrimônio aos herdeiros.

Tal ordem jurídica, fundada na família tradicional, regida por relações parentais e patrimoniais legítimas a transmitir para os herdeiros direitos sucessórios, sofreu mudanças progressivas, em especial no que concerne à supremacia da autoridade marital em relação à mulher e aos filhos, frente à isonomia entre os cônjuges e entre todos os filhos, tendo por marcos o Estatuto

⁴⁸ Vampré, Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*. Theoria Geral do Direito e Direito de família, vol. I, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1920, § 174, p. 276.

⁴⁹ Gomes, Orlando; Carneiro, Nelson. *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, Rio de Janeiro, Forense, 1952, p. 19.

da Mulher Casada de 1962, que deixa de ser relativamente incapaz ao se casar e permite um tratamento mais igualitário da mulher na esfera privada, passando a ser “colaboradora” do marido, e na pública, com o exercício de atividade profissional da mulher casada, sem autorização do marido.

A Lei do Divórcio de 1977, com o fim da indissolubilidade do casamento, por meio do divórcio indireto, possibilitando aos divorciados comporem novas famílias matrimonializadas.

Longo percurso legislativo, constitucional e infra-constitucional, marcou o direito de família brasileiro, até a clivagem sistêmica advinda com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA), trazendo, de forma inovadora, os direitos fundamentais na esfera privada familiar. Ou seja, isonomia entre os filhos, isonomia entre os cônjuges, crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, direito fundamental à convivência familiar, imprescritibilidade das ações de estado filial e flexibilização das formas de constituição familiar (matrimonial e extramatrimonial), com biparentalidade ou monoparentalidade, a minorar a lógica excludente e patriarcal da legislação anterior.

Juridicamente, a família legítima vincada por relações de ordem patrimonial e patriarcal cede espaço, flexibilizando-se para novos conteúdos ético-humanistas⁵⁰ visando ao desenvolvimento e bem-estar de seus membros: a compreensão de que os institutos do Direito de família detém múltiplas funções – afetivo, antropológico, econômico, político e social –, assumindo uma

⁵⁰ Na caracterização feita por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em “Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional”, p. 516. Tepedino, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

proteção supra-individual⁵¹ e que passam a conter axiologicamente o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da Constituição Federal de 1988), componentes que perpassam, em termos gerais, as diretrizes do Código Civil de 2002.

A grande ruptura sistêmica da concepção de família ocorre no âmbito da Constituição Federal de 1988, ao introduzir inovadoramente no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 226) a dignidade nas relações familiares, mediante o divórcio direto a partir da separação de fato por mais de 2 anos, as famílias biparental e monoparental, a matrimonializada e a proteção jurídica à extramatrimonial, a igualdade entre os cônjuges na esfera privada familiar e a isonomia de direitos entre os filhos, havidos ou não do casamento.

A isonomia dos sujeitos de direitos na esfera privada, no campo das famílias, somente teve seu reconhecimento jurídico com o texto constitucional de 1988, após longo percurso legislativo, por força da ratificação, pelo Brasil, dos instrumentos internacionais de proteção global dos direitos humanos⁵², especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ONU, 1979), ratificada pelo Brasil em 01/02/1984 e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), ratificada em 20/09/1990.

E, sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, a Constituição coloca as bases sobre as quais surge o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (artigo 227), que estabelece os direitos humanos das pessoas até 18 anos,

⁵¹ Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395.

⁵² Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

dentre os quais o direito à convivência familiar e comunitária, diferenciando a família natural (Artigo 19. “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta ...”), formada nuclearmente pelos ascendentes biológicos (Artigo 25. “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”), da substituta, tendo a primeira primazia sobre a segunda, na qual a criança pode permanecer mediante guarda, tutela ou adoção.

2.2.2 O princípio biológico e o novo Código Civil

Na mais recente legislação privada, o Código Civil de 2002, muito embora tenha sido elaborado com diretrizes voltadas para a eticidade e a função social dos institutos jurídicos⁵³ e esteja presente uma concepção ética de família com direitos e deveres isonômicos entre os cônjuges, inegavelmente a topografia do código dá visibilidade à permanência dos modelos hegemônicos da família-tipo e da filiação, como capital simbólico doméstico no campo do trabalho legislativo.

Tabela 1. Topografia do Direito de família (Livro IV), do Código Civil de 2002, com 273 disposições.

Título	Subtítulo	Capítulo	Percentual(%)
I. Do Direito Pessoal	<i>I. Do Casamento</i> (Artigos 1.511 a 1.590)	I. Disposições Gerais.	29,30
		II. Da Capacidade para o Casamento.	
		III. Dos Impedimentos.	
		IV. Das Causas Suspensivas.	
		V. Do Processo de Habilitação para	

⁵³ Costa-Martins, Judith; Branco, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

		o Casamento. VI. Da Celebração do Casamento. VII. Das Provas do Casamento. VIII. Da Invalidade do Casamento. IX. Da Eficácia do Casamento. X. Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal. XI. Da Proteção da Pessoa dos Filhos.	
	<i>II. Das Relações de Parentesco</i> (Artigos 1.591 a 1.638)	I. Disposições Gerais. II. Da Filiação. III. Do Reconhecimento dos Filhos. IV. Da Adoção. V. Do Poder Familiar.	17,58
II. Do Direito Patrimonial	<i>I. Do Regime de Bens entre os Cônjuges</i> (Artigos 1.639 a 1.688) <i>II. Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores</i> (Artigos 1.689 a 1.693) <i>III. Dos Alimentos</i> (Artigos 1.694 a 1.710) <i>IV. Do Bem de Família</i> (Artigos 1.711 a 1.722)	I. Disposições Gerais. II. Do Pacto Antenupcial. III. Do Regime de Comunhão Parcial. IV. Do Regime de Comunhão Universal. V. Do regime de Participação Final nos Aquestos. VI. Do Regime de Separação de Bens.	18,31 1,83 6,23 4,39
III. Da União Estável	(Artigos 1.723 a 1.727)		2,19
IV. Da Tutela e da Curatela	(Artigos 1.728 a 1.783)	I. Da Tutela. II. Da Curatela.	20,51

Fonte: Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

O dado natural das relações filiais circunscrita como prioridade pelo legislador ao casamento civil (“Da Filiação”) torna-se, por sua vez, uma cláusula geral de exclusão jurídica da filiação, antes ilegítima, agora, havida fora do casamento (união estável, concubinato, namoro, relação sexual eventual etc.), fazendo com que coexistam, no mesmo ordenamento, pessoas com identidades e direitos polarizados (“Do Reconhecimento dos Filhos”).

Pai/mãe geradores e provedores associam-se monoliticamente sob o primado da relação biológica sobre quaisquer outras formas de vínculo filial que pudessem estabelecer-se socialmente, à exceção da adoção, reduzido nas máximas *mater sempre certa est e pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.

Os modelos jurídicos que pressupõem o vínculo biológico entre pais e filhos subsistem noutras codificações atuais, diferenciando-se, contudo, os mecanismos de aferição da paternidade pelo fato jurídico do casamento, a resultar em normas jurídicas para a filiação dentro e fora do casamento, tal como se encontra no Código Civil de 2002 que disciplina a matéria respectivamente, em capítulos separados, denominando-os “Da Filiação”, reportando-se tão-somente aos filhos nascidos sob a presunção *pater is est* e “Do Reconhecimento dos Filhos”, para os demais tipos de filiação.

Em análise a essas formas de aferição do liame biológico dentro e fora do casamento, tem-se para a primeira a presunção *pater is est* que não deixa de ser uma construção jurídica fundada na observação da natureza do tempo de gestação da mulher e na coabitação sexual do casamento, regra que pode sofrer, com os avanços da medicina, alterações futuras. Diz o artigo 1.597, no inciso I, que são presumidos os filhos “nascidos cento e oitenta dias, pelo

menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”, no inciso II, os filhos “nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal”.

De igual modo, esta fórmula encontra-se insculpida no artigo 231, do Código Civil italiano: “Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio”; no artigo 116, do Código Civil espanhol: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”; no artigo 1.796-2, do Código Civil português: “A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento”; no artigo 312, primeira parte, do Código Civil francês: “L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari”.

A investigação das impressões genéticas do liame consangüíneo entre ascendentes e descendentes por meio da perícia do DNA transformou socialmente a presunção em certeza científica do liame biológico, permitindo aos ascendentes e descendentes buscarem judicialmente essa verdade, incondicionalmente, a verdade científica a transformar a incerteza jurídica.

Mas o Código ainda confronta-se numa fase transitória entre a modernidade e a pós-modernidade da filiação, ao fazer constar dentre suas regras situações como “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade” (artigo 1.600) e “Não basta a confissão materna para excluir a paternidade” (artigo 1.602).

A preponderância do princípio biológico na procriação é a viga mestra do Direito de família⁵⁴, para a formação das relações de parentesco⁵⁵, impedimentos matrimoniais e da ordem de sucessão hereditária. E, caso não haja a possibilidade dessa forma de filiação – como um dado da natureza –, o direito permite a busca da descendência por meio da adoção – um dado jurídico – ou da reprodução medicalizada – como um dado da ciência.

Entretanto, há uma hierarquia dentre as formas de reprodução assistida homóloga e heteróloga, analogamente à hierarquia que há para a adoção, que é uma exceção dentro do direito, pois, primeiramente o filho tem o direito de estar junto à família natural, diga-se, biológica (artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990), monoparental ou biparental (artigo 25), a família substituta é subsidiária (artigo 28).

No âmbito da formação de família natural, a fertilização homóloga é a exceção à concepção sexuada, enquanto que a heteróloga configura-se como a exceção da exceção, na qual o traço biológico inexistente.

E, nessa ordem, a técnica reprodutiva favorece a prevalência da primeira forma (família natural) sobre a segunda (família substituta), pois permite que, mesmo diante da infertilidade seja obtida filiação, colocando a biotecnologia à

⁵⁴ Coelho, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme. *Curso de Direito de família. Estabelecimento da Filiação e Adopção*. Vol. II, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 52-53.

⁵⁵ Marilyn Strathern desenvolve a idéia de que na família euro-americana, a formulação dos papéis de pai e mãe dá-se diferentemente na procriação. A maternidade, ocorre com o fato do parto e a paternidade, com a prova das relações sexuais com a mãe. (Necessidade de Pais, Necessidade de Mães. *Estudos Feministas*, n. 2/1995, p. 306).

serviço da família hegemônica heterossexual e biologizada, protegida pelo direito como um ideal (artigo 226, Constituição Federal).

E, numa segunda hipótese, abre-se a exceção da exceção, com a implementação da fertilização heteróloga, na qual mesmo que inoperante o fator biológico do vínculo jurídico entre ascendente/descendente, por força da adequação ao modelo de família preconizado pela lei, cria-se uma relação jurídica válida como verdade jurídica indiscutível.

Desse acordo de vontades, entre doadores e receptores de gametas masculinos ou femininos, sob sigilo entre si da identidade civil dos doadores e receptores (Item IV, n. 2, Resolução 1.358/92), interdita-se a possibilidade de se questionar juridicamente a filiação por qualquer das partes⁵⁶, aos donatários enquanto pais e mães jurídicos, aos filhos e aos que doam espermatozoide ou óvulo que não são pai ou mãe, não podem transmitir suas histórias pessoais e não poderão juridicamente exigir os filhos dos pais jurídicos: um contrato que os interdita de reclamar a criança nascida de suas sementes⁵⁷ (artigo 1.597): *pater semper certus est*.

As três ordens de construção normativa sobre a filiação nas novas tecnologias reprodutivas, aqui analisadas nos contextos do artigo 1.597, do Código Civil; da Portaria 388/2005, do Ministério da Saúde e da Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, adequam as possibilidades biotecnológicas aos modelos parentais legais preexistentes. Inova-se, sem gerar abalo nas estruturas do modelo parental, mantendo-se o princípio

⁵⁶ Coelho, F.P.; Oliveira, G. *Curso de direito de família*, p. 143-144.

⁵⁷ Godelier, Maurice. *Métamorphoses de la parenté*. Paris: Fayard, 2004, p. 572.

biológico como disciplinador das relações paterno-materno-filiais calcado na presunção, não mais relativa, mas absoluta, interdita, do *pater is est*.

A parentalidade é construída a partir da vontade do pai e da mãe, instrumentalizada pela técnica e dentro dos contornos estabelecidos pelas normas de conduta éticas e jurídicas. A procriação separa-se, pela técnica, do sexo. Porém, a intervenção da ciência na base da natureza, desarticulando-a

é muitas vezes apresentada de maneira a conservar intacto o mecanismo de procriação conceitual; o que se diz é que a intervenção simplesmente ajusta as condições físicas. Contanto que substâncias ou pessoas possam ser identificadas como ocupando ou substituindo outras substâncias ou pessoas (naturais), persiste o modelo indígena de procriação. Assim, o esperma doado substitui o esperma defeituoso, ou a mãe substituta age no lugar da mãe pretendida. Além disso, a própria intervenção tecnológica pode ser encarada como substituta do intercuro sexual⁵⁸.

Com isso, as construções de gênero ligadas à procriação permanecem mesmo diante do potencial emancipatório contido nas práticas reprodutivas que utilizam a biotecnologia. A ciência é usada, pelo direito, de forma naturalizada e naturalizante, reforçando o essencialismo na parentalidade, mimetizando a natureza, como imitação da reprodução sexuada. Aliás, na atualidade dos avanços biotecnológicos, tem-se como destaque o tratamento da infertilidade masculina como prioridade⁵⁹. A ICSI (Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides), procedimento da Fertilização *in vitro* (FIV), na qual um único espermatozóide é micro-injetado no citoplasma de um óvulo, possibilita tratar

⁵⁸ Strathern, M. Necessidade de Pais, Necessidade de Mães, p. 307.

⁵⁹ Groult, Flora. *Tout à Fait le Même*. Paris: Flammarion, 1997, p. 463.

casos de esterilidade masculina, sem dispor de doador de gametas. O uso desta técnica tem se generalizado e crescido nas clínicas de reprodução assistida, com a associação da FIV com a ICSI, correspondendo a 50% dos procedimentos em reprodução assistida na América Latina, em 2003⁶⁰.

A técnica do ICSI favorece à descendência consangüínea da linha ascendente paterna, ao encontro do princípio biológico da filiação preconizado e controlado pelo direito: o dado da ciência como uma extensão da natureza.

O dúplice conteúdo do ser construído, natureza e cultura, torna-se nessas perspectivas, do campo jurídico legislativo e das políticas públicas do Brasil, ambíguo e paradoxal. Permite a visibilidade da autonomia do direito, na tentativa de controle do fato científico e das possibilidades de outras racionalidades de parentesco nas novas tecnologias reprodutivas.

E, ainda, cabe dizer que a matriz heterossexual presente coloca em relevo aquilo que permanece fora desses quadros binários, o uso das biotecnologias reprodutivas por parte dos gays, lésbicas e transgêneros, que sequer é mencionável, nem como impróprio ou incorreto. A isso pode-se dizer que o discurso da heteronormatividade torna-se tão presente nessa área mais avançada do direito, que cria como “corpos abjetos”⁶¹ os filhos havidos de tais relações, como algo não concreto, irreal.

⁶⁰ Em contrapartida, no mesmo período, a FIV sem ICSI corresponde a apenas 18% dos casos relatados no Resultado para América Latina, 2003. (Disponível em: http://www.redlara.com/reg_2003.asp).

⁶¹ Butler explica os corpos abjetos como corpos que “vivem dentro de um discurso como a figura absolutamente não questionada, a figura indistinta e sem conteúdo de algo que ainda não se tornou real”. (Entrevista concedida por Judith Butler em 1996 a B. Prins e I. Meijer, a respeito de seu livro *Bodies that Matter* (1993) e publicada na *Revista de Estudos Feministas*, 10, n. 1, 2002, p.155-167).

A base do discurso acerca da parentalidade parte da heterossexualidade, mesmo diante das novas tecnologias reprodutivas. Ao se ultrapassar os limites da natureza para a reprodução, a norma traz em seu substrato a sexualidade associada ao masculino e ao feminino “inférteis”, disciplinando o que é legítimo e ilegítimo, mas essa sexualidade é uma construção também existente dentro do discurso jurídico que a segmentação proporcionada pela biotecnologia não desfaz⁶². Ou seja, quer a parentalidade sexualizada, quer a parentalidade tecnologizada, ambas mantêm as mesmas bases da construção binária dos gêneros associados à sexualidade e os interditos, exclusões e invisibilidades daí decorrentes.

Ao preservar a ordem da esfera doméstica à força do direito, essas normas trazem à tona, a correlação de forças do campo jurídico com pretensa neutralidade, não acessível aos gays, às lésbicas, às mulheres pobres solteiras, com mais de 50 anos e esterelizadas com filhos do atual marido⁶³, como uma violência simbólica legitimamente somatizada pela lei⁶⁴, como “corpos abjetos”.

⁶² Butler ressalta essa problemática ao afirmar que “a natureza de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino” (*Problemas de Gênero*. Feminismo e subversão. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 24-25).

⁶³ Esta discussão será ampliada e aprofundada no item 4.2, *infra*.

⁶⁴ Bourdieu, P. *A Dominação Masculina*, p. 87-88. Do mesmo autor, *O Poder Simbólico*, p. 254.

De outra parte, desconstrói o discurso positivista da neutralidade do mundo do *dever ser* jurídico, no qual as ambigüidades e o extra-jurídico são refutados na epistemologia intrínseca ao direito: um *fato jurídico* que *deve ser* uma consequência prevista em lei. A causalidade do nascimento não é simplesmente um fato da natureza que tem efeitos jurídicos, mas a sexualidade e a reprodução enquanto dados construídos nas relações sociais e de gênero que ao serem apropriadas pelo direito, as interdita⁶⁵.

E é justamente neste ponto o impasse do direito. As novas tecnologias reprodutivas ao admitirem, com a instrumentalização do processo procriação, a fragmentação do processo reprodutivo humano em sexuado e assexuado, dão visibilidade ao paradoxo jurídico que ao afirmar sua autonomia como uma racionalidade lógico-formal sobre a dimensão biológica da procriação, fecha-se num círculo autopoietico de reprodução e realimentação do sistema, afastando-se dos impactos sociais das biotecnologias na subversão da “consciência prática do mundo social da vida”; ou do debate dos fundamentos da articulação jurídica das dicotomias e desigualdades entre natureza e cultura, pai e mãe, filho havido dentro e fora do casamento, filiação biológica e adotiva, parentalidade heterossexual e homossexual, biparentalidade e monoparentalidade; ou, ainda, da policentralidade das normas jurídicas.

As fronteiras das relações de parentesco organizadas pelos vínculos de paternidade, maternidade e filiação sob a ótica do direito continuam sem alterações no essencial: a mulher continua sendo mãe de acordo com a

⁶⁵ Foucault, Michel. *A Ordem do Discurso*. 12ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

semântica da biologia, reforçando-se a ideologia da família nuclear e a subordinação da mulher à dominação masculina.⁶⁶

O direito permanece na modernidade ao não conceber a multiplicidade de arranjos familiares e de sujeitos de direitos dentro da família, mantendo o controle e a estrutura unidimensional do espaço doméstico, desconsiderando o plano sociológico das relações reais e afetivas entre as pessoas de uma família, enquanto “ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade” com “potencial emancipatório”⁶⁷ das desigualdades na esfera familiar vincado pelo “caldo de cultura falocêntrica”.

A defasagem terminológica e conceitual dos instrumentos jurídicos para a compreensão deste fenômeno científico, integrado ao modelo de filiação havida no casamento e dentro do sistema de presunções jurídicas, dá mostras à insuficiência com que a concepção jurídica de famílias e demais institutos jurídicos⁶⁸, invisibiliza não só as potencialidades das novas fronteiras que as tecnologias reprodutivas permitem nas relações pluridimensionais entre os sujeitos de direitos, como também o sujeito híbrido, produto da tecnização da natureza humana, determinado heteronomamente pelo mercado e autodeterminação das vontades dos pais⁶⁹, fazendo que a lei como o direito se transforma diante dos avanços tecnológicos e as limitações que

⁶⁶ Rebollo, Jorge Grau. *Procreación, género e identidad*. Debates actuales sobre el parentesco y la familia en clave transcultural. Barcelona: Bellaterra, 2006, p. 144.

⁶⁷ Santos, B. de S. *A Crítica da Razão Indolente*, p. 171 e 172.

⁶⁸ A exemplo: a compreensão do embrião criopreservado como coisa, a explicação dos mecanismos da adoção para a fecundação heteróloga, a manifestação de vontade e os negócios jurídicos para a compreensão da manifestação de vontade para a reprodução humana.

⁶⁹ Habermas, J. *O Futuro da Natureza Humana*, p. 85.

impõe à ampla utilização, possibilite-se o uso globalizado das novas tecnologias reprodutivas, no qual os usuários busquem, no exterior, perante legislações mais flexíveis a filiação assistida, a satisfação de seus desejos parentais.

Como efeito disso, a ciência potencialmente pode produzir uma normatividade que transcende o país de origem dos usuários, pois a defesagem da legislação interna brasileira, sua marca biologizante fundada na família-padrão, biológica, biparental e heterossexual, pode conduzir a que os interessados, de acordo com suas possibilidades e interesses, heteronomamente concretizem a parentalidade mediante o uso das biotecnologias reprodutivas.

A predominância desse modelo normativo de família confronta-se com a nova realidade parental, publicizada e pulverizada dentre vários atores, das clínicas reprodutivas, aos médicos, psicólogos e assistentes sociais e às pessoas que podem participar do processo fecundante e gestacional: o pai e a mãe biológicos (doador/a), o pai e a mãe jurídicos (receptores) e a doadora de útero.

Em suma, o uso das tecnologias reprodutivas e o recorte jurídico dado à ciência biomédica na parentalidade expõe a falta de neutralidade ao defender e proteger um tipo específico de família como uma falta da natureza (infertilidade), com restrições às situações que ferem o dado natural e biologizante da hereditariedade geracional como a mono e homoparentalidade⁷⁰, clarificando a intolerância da possibilidade do “outro”,

⁷⁰ Designação surgida na França, nos anos 90, no âmbito da Associação de Pais e Mães Gays e Lésbicas (APGL). Muito embora possa conter uma certa “armadilha” no

gays, lésbicas, pessoas férteis etc. que estão excluídos do acesso ao uso das tecnologias reprodutivas, criar tipos de relações não previstas até agora, em que a afetividade, o amor, o desejo e a relação sexual interpessoal assumem uma importância decisiva.

O direito é parcial e hegemônico: o campo jurídico confrontado com outras normatividades emergentes (das relações familiares e do campo científico) é restritivo, auto-referente, mas, paradoxalmente, isto faz com que os princípios estruturantes do vínculo de parentesco fragilizem-se; bem como fomenta a reflexão das pessoas para outros tipos de relações parentais não tradicionais⁷¹.

sentido de expressar uma especificidade da parentalidade vinculado à orientação sexual dos pais, tem sua importância, e é esse o sentido ora adotado, de dar visibilidade à questão, conforme discutido no texto: Uziel, A. P.; Mello, L.; Grossi, M. "Conjugalidades e parentalidades gays, lésbicas e transgêneros no Brasil", *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 483.

⁷¹ Foucault, M. *Um Diálogo sobre os Prazeres do Sexo. Nietzsche, Freud e Marx. Theatrum Philosophicum*. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 17-18.

3 NOVAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS: PARENTALIDADE E GÊNERO

A fim de se verificar como as tecnologias reprodutivas adentraram no direito abrindo espaço para novas discussões e dando visibilidade às questões de gênero, será caracterizado o modelo familiar hegemônico e como se dá a inserção do gênero no âmbito dos estudos jurídicos brasileiros.

3.1 Inserção da Perspectiva de Gênero nos Estudos Jurídicos

Conquanto as questões relativas ao gênero sejam elemento presente de análises das ciências sociais há longa data, no âmbito dos estudos jurídicos, só muito recentemente, a temática da condição da mulher frente ao Direito têm surgido no Brasil em perspectiva de gênero, colocando em evidência a falta de neutralidade e distanciamento como a ordem legal concebe a realidade social.

3.1.1 Estudos precursores e a atualidade da questão

Alguns trabalhos pioneiros remontam às primeiras décadas do século XX e abordam a situação jurídica da mulher, sem, contudo, efetivar uma apreciação mais crítica do direito como instrumento de garantia da hegemonia do homem em relação à mulher. Temas como a incapacidade relativa da mulher casada para os negócios jurídicos e para o exercício profissional⁷², o direito ao voto⁷³ e os direitos da mulher em geral⁷⁴ surgem dentre a produção

⁷² Ráo, Vicente. *Da capacidade civil da mulher casada: estudo theorico-prático segundo o código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1922. E, ainda, Oliveira, Francisco de Paula de. *Manual prático do direito das mulheres: estudo da condição da mulher no direito civil, industrial, comercial*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1932. Cabe ainda mencionar a tese defendida por Paulino J. Soares de Souza Neto para o provimento de cátedra para a Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro: *Da condição da mulher casada*. Rio de Janeiro: s.n., 1932.

⁷³ Nazario, Diva Nolf. *Voto feminino e feminismo*. São Paulo: s.n., 1923.

jurídica; mas, tão-somente nos finais dos anos 80 tem-se uma diversificação de perspectivas do direito em relação à mulher estruturadas mais criticamente.

A exemplo, a evolução histórica dos direitos da mulher⁷⁵ nos vários ramos do direito como o do trabalho⁷⁶, a condição jurídica da mulher e os direitos humanos, bem como a análise do direito penal e os crimes sexuais praticados contra as mulheres, diante do poder judiciário⁷⁷.

Nos anos 90, começam a despontar obras que evidenciam a desigualdade de tratamento da mulher no ordenamento jurídico brasileiro e em relação ao homem, especialmente dentro das relações de conjugalidade e filiação.

Motivadas pelo recém texto constitucional de 1988, elaborado quando da homologação (Decreto n. 89.460/1984) da Convenção sobre a Eliminação de

⁷⁴ Alvim, Carlos Ferraz. *Dos direitos da mulher e sua evolução*. Rio de Janeiro: Typo do Commercio Rodrigues e C., 1934.

⁷⁵ Pimentel, Sílvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma, fato e valor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

⁷⁶ Dentre outras: Hacker, Andrew. Mulheres no trabalho. *Diálogo*. Rio de Janeiro. v.20. n.4. p.2-7. 1987; Fernandes, Annibal. Observações sobre a proteção do trabalho da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. v.13. n.73. p.4-12. maio/jun. 1988; Cardone, Marly Antonieta. Trabalho da mulher, licença-paternidade, trabalho do menor. *Revista LTr: legislação do trabalho e previdência social*. São Paulo. v.52. n.11. p.1343-7. nov. 1988; Saad, Ricardo Nacim. O epílogo das restrições ao trabalho da mulher. *LTr: suplemento trabalhista*. São Paulo. v.25. n.111. p.547-8. 1989; Lima, Francisco Meton Marques de. A estabilidade da mulher gestante segundo a Nova Constituição. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. v.29. n.1. p.141-8. jan./jun. 1988; Carvalho, Suzete. A mulher e o direito constitucional do trabalho. *Synthesis*. São Paulo. n.9. p.56-9. 1989.

⁷⁷ Ardaillon, Danielle; Debert, Guita Grin. *Quando a vítima é a mulher*. Análise dos julgamentos de estupro, espancamento e homicídio. São Paulo: CEDAM, 1987.

todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1981), na literatura jurídica despontaram obras discutindo a paridade das mulheres como tema de relevância para o direito, principalmente diante da legislação infra-constitucional e cultura jurídica dissonantes com a Constituição, como o então vigente Código Civil de 1916.

Objetivando reinterpretar os dispositivos legais sobre a situação jurídica das mulheres no âmbito social e familiar, Florisa Verucci debate as transformações ocorridas no direito das mulheres⁷⁸ inserida no contexto da crescente juridificação das relações privadas familiares por instrumentos internacionais de proteção e pelas normas públicas constitucionais.

O direito passa a ser um instrumento de mudança social que propicia condições de realização da igualdade e do *status* jurídico das mulheres em sociedade⁷⁹, mesmo diante das resistências e contradições existentes nos “costumes condicionados pela visão masculina das comunidades que impedem a implantação das leis, mesmo que estas sejam de ordem constitucional”⁸⁰, necessitando para a realização da igualdade de políticas públicas e ações afirmativas a fim de concretizar e efetivar as mudanças na sociedade.

Nessa perspectiva de compreensão dos direitos da mulher na interação entre gênero e o direito, especialmente no que diz respeito à aplicação da lei pelo judiciário, Sílvia Pimentel, Beatriz di Giorgi e Flávia Piovesan inovam ao

⁷⁸ *O Direito da Mulher em Mutação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 72.

⁷⁹ Tabak, Fanny. A lei como instrumento de mudança social. Tabak, F.; Verucci, F. (orgs.). *A Díficil Igualdade*. Os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 35 e 47.

⁸⁰ Verucci, Florisa. Mulher e família na nova Constituição brasileira. Tabak, F.; Verucci, F. (orgs.). *A Díficil Igualdade*. Os direitos da mulher como direitos humanos, p. 60.

analisar decisões judiciais entre as décadas de 70 e 90 envolvendo processos ligados ao Direito de família, sob a perspectiva de gênero e uma crítica ao legalismo formalista que universaliza a igualdade de todos perante a lei.

Referido trabalho permitiu visualizar a heterogeneidade dos julgamentos, conquanto houvesse a predominância de uma lógica androcêntrica na qual o comportamento sexual e a “honestidade” da mulher tornam-se exigências operativas a partir das quais o discurso jurídico articula-se e julga. Detectam uma certa fragmentação das decisões, mesmo que minoritariamente, concluindo por ser “inegável que estas várias tendências revelam a incerteza, a pluralidade e a escolha advindas de contradiscursos emergentes, muito em especial do contradiscurso feminista”⁸¹.

Exemplo interessante diz respeito ao pagamento de pensão alimentícia à mulher, após a separação do casal, sendo comum o homem, pagador obrigado, ao pedir exoneração da obrigação, alegar desregramento da conduta sexual da mulher. Muito embora fosse comum nas decisões aparecer esse critério de controle da sexualidade feminina, nas ações de exoneração de pensão alimentícia, por haver expressa previsão legal, há decisões que paulatinamente vão alterando a ordem interpretativa da lei:

I - Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato de esta haver concebido filho fruto de relação sexual mantida com terceiro após a separação.

II - A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que

⁸¹ Pimentel, Sílvia; Di Giorgi, Betriz; Piovesan, Flávia. *A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 143.

não se comprove desregramento de conduta, não tem o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz.

III - Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: a) convolação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; b) adoção de comportamento indigno; c) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação as existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal.

IV - Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles⁸².

A importância daquele trabalho reside em mostrar que, no direito, coexiste uma pluralidade de discursos e interpretações legais, dentre os quais há predominância da lógica da dominação masculina que, entretanto, não age exclusiva e monoliticamente no pensamento jurídico, que, por sua vez, é

⁸² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 21697, 4ª. Turma, Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 14/06/1993.

permeável a outros discursos discordantes e emergentes, como dos movimentos feministas.

Contudo, ainda hoje essas abordagens estritamente jurídicas sobre o gênero e a condição feminina dentro do direito são escassas, valendo destacar a recente obra de Maria Amélia de Almeida Teles, militante feminista que integra o conceito de gênero ao direito, especialmente pelo viés dos direitos humanos, demonstrando como as desigualdades são construídas mediante uma “discriminação negativa” pela qual “papéis e funções de subordinação, submissão e opressão são impostas às mulheres, por meios institucionais, educacionais e sociais”⁸³.

Ao defender e reconhecer a necessidade da utilização da categoria gênero integrada ao direito, abre-se a possibilidade de análise crítica interna ao direito enquanto uma ciência marcada pelo modelo androcêntrico, uma família patriarcal e patrimonial⁸⁴. A promoção dos direitos humanos das mulheres inserida no ordenamento jurídico numa perspectiva de gênero

não significa dividir a questão humana, fragmentando-a em partes desconectadas e alienadas. Pelo contrário, propomos o enfrentamento do desafio de participar ativa e construtivamente do processo de redefinição do ser humano em geral, promovendo conteúdos políticos capazes de identificar cada

⁸³ Teles, Maria Amélia de A. *O que são os direitos humanos das mulheres*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 57 e s.

⁸⁴ Geraldo Tadeo Moreira Monteiro em recente estudo, aborda a problemática de gênero dentro da codificação civil brasileira de 1916. *Construção Jurídica das Relações de Gênero*. O processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

uma das especificidades e, ao mesmo tempo, inseri-las num contexto histórico e transformador da sociedade humana⁸⁵.

A construção jurídica de gênero passou a ser a tônica desses estudos, que se voltaram à defesa da inserção desse conteúdo na formação dos profissionais de direito para a elaboração de uma lógica jurídica plural voltada a sujeitos de direitos em concreto⁸⁶, em contrapartida à hegemônica razão masculina que predomina estruturalmente o mundo do direito.

3.1.2. Bases teóricas e estreita relação com o direito

Essa questão de fundo da crítica de parte da teoria feminista sobre as ambigüidades da normatividade estatal encontra suas raízes na própria gênese dos direitos fundamentais revolucionários, já na Revolução Francesa, ao postularem a liberdade e a igualdade como princípios universais neutros para indivíduos abstratos: os homens.

A Declaração de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tinham por fim colocar a igualdade de todos os seres humanos e a liberdade sob o fundamento da própria natureza (direitos inatos), e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, e em seu artigo 1º dispõe que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

⁸⁵ Teles, M. A.A. *Op. Cit.*, p. 56.

⁸⁶ *Idem. Os cursos de direito e a perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2006.

Neste contexto, a concepção da parentalidade associada às novas tecnologias reprodutivas tem por pano de fundo a compreensão das transformações das posições juridicamente ocupadas pela mulher e pelo homem, na família e na vida pública, e os contornos paradoxais da suposta neutralidade da igualdade legal, invisibilizando a *praxis* da instrumentalização jurídica da exclusão da mulher, que não repousava numa contradição aos ideais universalistas, mas sim, numa justificativa pautada na natureza e na biologia da mulher. Cabe dizer que isso não se deu sem protestos. Três textos são paradigmáticos para o feminismo: *De l'Admission des Femmes au Droit de Cité* (1790), de Condorcet; *La Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* (1791), de Olympe de Gouges; *A Vindication of the Rights of Women* (1792), de Mary Wollstonecraft.

Joan W. Scott demonstra que o surgimento do feminismo como contestação dessa exclusão jurídica constitui-se em seu próprio paradoxo, ao refutar a lógica jurídica em concomitância com a luta pelo reconhecimento da isonomia, dentro dessa estrutura normativa, dentro da qual a diferença sexual torna-se tanto o fundamento da exclusão como o da afirmação do feminismo, pois “toute son histoire en tant que mouvement politique repose sur ce paradoxe: la nécessité d'affirmer et de refuser à la fois la ‘différence sexuelle’”⁸⁷.

Assim, o feminismo moderno ocidental constitui-se no interior das práticas discursivas próprias do liberalismo, assimilando os conceitos de

⁸⁷ Scott, Joan W. *La citoyenne paradoxale*. Les féministes françaises et les droits de l'homme. Paris: Éditions Albin Michel, 1998, p. 20.

Tradução livre: “toda sua história como movimento político, recai sobre esse paradoxo: a necessidade de afirmar e de refutar por sua vez a ‘diferença sexual’”.

individualidade e masculinidade, na dupla racionalidade universalista de transcender as diferenças entre os indivíduos abstratos e, de outro lado, das diferenças biológicas entre os sexos não permitirem essa mesma transcendência. Há, observa Scott, uma “lógica circular” que fundamenta a diferença jurídica na biologia e na natureza intrínseca aos homens e mulheres, e conclui:

La ‘vérité’ de la nature a été présentée comme le fondement ontologique de la loi et de la politique sociale, alors qu’en réalité elle est *l’effet* de ces lois et de ces politiques⁸⁸.

Ora, a questão da diferença fundada na natureza é a base da estrutura jurídica brasileira, especialmente a que compreende o período entre o Código Civil de 1916 à Constituição Federal de 1988, inclusive a concepção da idéia de igualdade jurídica tem por fundamento as diferenças na acepção normativa da paternidade e da maternidade.

Dado que inequivocamente expressa a atribuição da natureza feminina como atributo intrínseco à maternidade pode-se apreender do panorama dos processos de separação judicial e divórcio, no Brasil, nos quais 67,9% dos casos, a guarda dos filhos menores permanece unilateralmente com as mães, em comparação a 3,4% de guarda dos filhos junto aos pais e a 2,1% de casos nos quais dá-se de forma compartilhada entre pais e mães⁸⁹.

⁸⁸ Scott, J. W. *Op. Cit.*, p. 11.

Tradução livre: “A verdade da natureza foi apresentada como fundamento ontológico da lei e da política social, ainda que na realidade sejam o efeito destas leis e destas políticas”.

⁸⁹ *Estatísticas do Registro Civil 2005* – IBGE (Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2005/registrocivil_2005.pdf).

Representando isto um valor predominante, na sociedade brasileira, da guarda dos filhos em permanecer junto às mães⁹⁰ a insuflar vozes de mulheres que compreendem haver como desvantagem da isonomia legal entre homens e mulheres a existência de “perdas”. Dentre as indigitadas “perdas”

se visualiza vantagens que antigamente nos eram concebidas, acreditando talvez na fragilidade feminina, no tão bradado ‘*sexo frágil*’, e que hoje, deixaram de ser, tais como a prevalência da mãe para ficar com a guarda dos filhos, bem como, na parte patrimonial encontramos os alimentos que hoje também podem ser cobrados pelo marido à mulher⁹¹.

Essa obscuridade, na compreensão da natureza feminina e direitos, atravessa questões de gênero – vantagens “concebidas” – e demonstra o quanto se torna problematizada a compreensão do princípio da isonomia na maternidade e na paternidade. Ao se colocar simplesmente a condição sexual como atributo da maternidade ou o direito a perceber os alimentos do ex-cônjuge como expressão de certa fragilidade da mulher, a diferença e a igualdade se combinam, reforçando características negativas construídas social e culturalmente, que, de certa forma, hierarquicamente inferiorizam a mulher.

Dentro dessa elaboração estereotipada de pensar o masculino e o feminino associada aos atributos legais e sociais da paternidade e da maternidade, dão-se relações de poder desniveladas entre homens, detentores de direitos humanos universais, e mulheres, com limitações universais

⁹⁰ Pimentel, S; Di Giorgi, B.; Piovesan, F. *A figura/personagem mulher em processos de família*, p. 144.

⁹¹ Cabral, Karina Melissa. *Direito da mulher de acordo com o novo Código Civil*. Leme: Editora de Direito, 2004, p. 193.

específicas, da diferença na qual a natureza estigmatiza seu espaço social em doméstico, familiar e maternal, visibilizando o antagonismo entre os sexos fundado no paradoxo de Scott da afirmação e da recusa da diferença das mulheres, inserida na luta jurídica pela igualdade e inclusão.

No campo doméstico e social, o discurso e a prática das diferenças entre os sexos sustentam-se ontologicamente num determinismo biológico de bicategorização e antagonismo entre o homem e a mulher – masculino e feminino, público e privado, razão e sensibilidade, provedor e provida, dominação e exclusão, sujeito e assujeitamento, universal e particular, autonomia e heteronomia –, que esconde um determinismo construído psicológica, social, jurídica e culturalmente acerca de suas identidades sexuais e familiares⁹².

As regras particulares de exclusão da mulher, jurídica ou socialmente existentes dentro das relações privadas familiares, fazem que a invisibilidade desta desigualdade permaneça nos discursos e nas práticas sociais ligadas ao exercício da paternidade e da maternidade enquanto normatividades outras⁹³, mesmo diante de um quadro jurídico que defenda isonomia de todos perante a lei e a *lei para todas as pessoas*.

O “teto de vidro” ou as “barreiras invisíveis” colocam a mulher numa inferioridade e desigualdade de fato, em relação ao homem, mesmo diante da inclusão legal, expressando para Varikas um

⁹² Varikas, Eleni. *Penser le sexe et le genre*. Paris : PUF, 2006, p. 54.

⁹³ No caso, a normatividade específica do espaço doméstico na forma concebida por Boaventura de Souza Santos, na *Crítica da Razão Indolente*, São Paulo, Cortez Editora, 2001, p. 273 e s.

Signe distinctif de la naturalization de la hiérarchie, l'*invisibilité* qui marque la discrimination dans un système politique explicitement fondé sur l'universalité des droits est également signe de sa déroutante modernité⁹⁴.

Este tipo de universalismo do estado moderno tem em sua origem um particularismo de hegemonia de um determinado grupo, no caso homens brancos, sobre os demais que eram excluídos. A isso, Boaventura de Souza Santos denomina de universalismo antidiferencialista a estabelecer identificações hegemônicas, que homogeneízam as diferenças e, com a progressiva assimilação e reconhecimento dos direitos dos excluídos, como a condição jurídica feminina inserida em relações de dominação masculinas, a exclusão transmuda-se em desigualdade no trabalho e nas relações privadas, sendo que a “redução da exclusão assenta na afirmação da exclusão”.⁹⁵

Numa concepção moderna do indivíduo “abstrato e desencorporado”, nas palavras de Scott, com pressuposto na igualdade como princípio absoluto, com prática historicamente contingente e variável⁹⁶, tem por estrutura de pensamento a polarização científica entre o sujeito e o objeto e a instrumentalização do mundo, sendo o sujeito de direitos a expressão da masculinidade com o domínio sobre a natureza e a sociedade.

⁹⁴ *Penser le sexe et le genre*, p. 106.

Tradução livre: “Sinal distintivo da naturalização da hierarquia, a *invisibilidade* que marca a discriminação num sistema político explicitamente fundado sobre a universalidade dos direitos, é igualmente sinal de sua derrotante modernidade”.

⁹⁵ Santos, Boaventura de Souza. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. Centro de Estudos Sociais, Coimbra: Oficina do CES, n. 135, janeiro/1999, p. 20-21.

⁹⁶ Scott, Joan W. O enigma da igualdade. *Revista de Estudos Feministas*, jan.-abr., ano/vol. 13, n. 01, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005, p. 11-30.

Mas, demonstra Scott, acima de tudo, a concepção deste indivíduo assim caracterizado foi feita, dentro da teoria democrática liberal, como garantia da igualdade completa perante a lei, discrepando com a sociedade, na qual “os indivíduos não são iguais; sua desigualdade repousa em diferenças presumidas entre eles, diferenças que não são singularmente individualizadas, mas tomadas como sendo categóricas”⁹⁷. A questão problematizada pela autora repousa sobre a identidade desse indivíduo associada ao homem branco, mascarada pela abstração normativa isonômica, resultando a diferença em seu aspecto relacional:

A dimensão relacional da diferença – seu estabelecimento em contraste com a norma – também tem sido mascarada. A diferença tem sido representada como um traço fundamental ou natural de um grupo enquanto uma norma padronizada (o indivíduo homem branco) não é considerada como possuidora de traços coletivos⁹⁸.

A clareza do raciocínio de Scott colocado sobre a questão da igualdade e diferença torna-se importante, por trazer à tona o substrato da normatividade isonômica, o paradoxo do universalismo do indivíduo e da diferença do que não se assemelha a esse indivíduo, como um não-indivíduo. Existe a diferença tão-somente diante do padrão normativo, daí o paradoxo da diferença, de ser relacional, e justamente, neste ponto da reflexão de Scott que permite a superação deste modelo, ao verificar que essas não são “entidades eternas, mas efeitos de processos políticos e sociais”.

⁹⁷ Scott, J.W. O inigma da igualdade, p. 23.

⁹⁸ *Indem, ibidem*, p. 24.

A *praxis* que Scott defende a partir da constatação da igualdade e da diferença como resultantes de processos sociais, e, portanto, não vinculados ao biológico ou a aspectos intrínsecos da anatomia feminina, exatamente torna-se pano de fundo ao debate acerca dos direitos de paridade pública, com reflexos privados da mulher, no que diz respeito à participação política e às questões relativas às ações afirmativas e ao sistema de quotas. A radicalidade de Scott ao tratar referidas questões centra-se em apontar os paradoxos essencialistas que permeiam e estão presentes nos discursos pró e contra das feministas, dentro dos quais perpassam as categorias: a dualidade anatômica, a diferença sexual e o que é inerente à mulher e ao princípio universal de bicategorização⁹⁹.

Demonstra o quanto é difícil o desligamento aos fundamentos da tradição liberal que informa o modo de pensar e articular o social e o natural, como se vê em Fraser, para a qual o direito à igualdade é desenvolvido no âmbito de uma teoria da justiça, cujo princípio fundamental é a paridade de participação, que se constitui numa

interpretación democrática radical de la igualdad de autonomía. Este principio, mucho más exigente que las interpretaciones liberales al uso, no solo deontológico, sino también sustantivo. Por una parte, impone la eliminación de los obstáculos económicos a la plena participación social, proporcionando así una norma para juzgar las reivindicaciones de distribución: solo se justifican las reivindicaciones que reduzcan las disparidades económicas. Por otra parte, también impone desmontar los obstáculos culturales

⁹⁹ Scott, Joan W. The dilemma of difference. *Parité! Sexual equality and the crisis of French universalism*. Chicago: The University Chicago Press, 2005, p. 70.

institucionalizados, proporcionando también una norma para juzgar las reivindicaciones de reconocimiento: solo se justifican las reivindicaciones que promuevan la igualdad de estatus.¹⁰⁰

Sob outro olhar, que entretanto caminha para os mesmos rumos, o feminismo, na pós-modernidade, associa criticamente as questões de gênero à modernidade e seu quadro de representações binárias, que constituem sujeitos homogeneizados, dentro dos quais as identidades masculina e feminina essencializam-se, dentro e fora da esfera privada.

Conquanto haja uma multiplicidade no pensamento feminista que se volta à apreciação dessa problemática, Françoise Collin demonstra como que as correntes se sucedem passando por abordagens, não excludentes entre si, historicamente colocadas (que ainda hoje se entrecruzam), identificando-as por universalista/humanista/utilitarista, diferencialista/dualista/essencialista e, pós-modernista, à qual a autora se auto-define, e que tem por escopo o rompimento com a epistemologia moderna¹⁰¹.

Collin aponta como principais eixos dessas tendências do pensamento acerca da sexualidade a universalista, enquanto corrente majoritária, caracterizada pela busca da igualdade com base na individualidade, de forma neutra tanto para homens como mulheres, compreendendo a condição da mulher construída por relações de poder que submetem a mulher cultural e socialmente, como uma questão de gênero.

¹⁰⁰ Fraser, Nancy; Honneth, Axel. *Redistribución o reconocimiento?* A Corunã: Fundación Paidéia Galiza, Madrid: Morata, 2006, p. 172.

¹⁰¹ Collin, Françoise. Du moderne au post-moderne. *Division du Travail, Rapports Sociaux de Sexe et de Pouvoir*. Paris: GEDISST, Séminaire 1994-1995, p. 7-8.

O *Segundo Sexo*, de Simone de Beauvoir (1949), e sua célebre fórmula “On ne naît pas femme, on le devient” é um divisor de águas para as feministas radicais, desatrelando a natureza e cultura ao dar visibilidade a uma organização social dominada pelos homens, na qual a maternidade torna-se o “eixo central de ‘opressão das mulheres’, já que sua realização determinava o lugar das mulheres na família e sociedade”¹⁰², articulado pela dominação pelo homem da natureza feminina.

Estudos antropológicos da década de 50 deram ênfase a estas distinções e mudaram os percursos para a compreensão das relações entre sexo e cultura. Em *Sexo e Temperamento*, Mead verificou entre os Arapesh, os Mundugumor e os Tchambuli da Nova Guiné os traços de personalidade identificados pela cultura ocidental como masculinos e femininos, marcados pelos binômios agressividade/docilidade, insuscetibilidade/suscetibilidade, impessoalidade/cuidado com necessidades alheias, maternagem e dominância/passividade; eram variáveis dentro destas sociedades.

Concluiu que entre o sexo e o comportamento não existe determinação biológica, pois a natureza humana apresenta maleabilidade “respondendo acurada e diferentemente a condições culturais contrastantes”. Os dados antropológicos de sociedades tão distantes da ocidental, possibilitou demonstrar que a personalidade recebe uma vestimenta confeccionada, construída, pela cultura e não pelo sexo: “as personalidades dos dois sexos são socialmente produzidas”.¹⁰³

¹⁰² Scavone, Lucila. Maternidade: transformações na família e nas relações de gênero. *Interface*. Comunicação, Saúde e Educação. Vol. 8, fev./2001, p. 52. (Disponível em: <http://www.interface.org.br/revista8/ensaio3.pdf>).

¹⁰³ Mead, Margaret. *Sexo e Temperamento*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1969.

Contudo, a partir da década de 70, a denominada segunda onda do feminismo, dialogando com a psicanálise lacaniana, passou a compreender que o homem e a mulher têm uma forma específica de se relacionar, pensar e agir com o mundo, ligada à biologia própria de cada sexo, incluindo, para as mulheres, a dimensão maternidade: “il est le devenir femme des femmes, et du monde”¹⁰⁴. Essa busca por uma identidade feminina, também essencializa a mulher em suas particularidades biológicas, aquilo que é inerente, dentro da qual o caminho da igualdade faz-me mediante a diferença entre os dois sexos, na formulação do *un plus non-un*¹⁰⁵, do que é paradigma e do que está fora dele, que apresenta identidade própria, porém ainda vinculada ao princípio orientador da bipolarização da heterossexualidade e suas representações na paternidade e maternidade.

Dentro deste segundo movimento, amplia-se a discussão de gênero associada à economia política marxista, desdobrando-se, neste contexto teórico, aos estudos sobre o trabalho doméstico, a reprodução e a sexualidade, ligados ao conceito de classe e aos critérios de subordinação da mulher enraizada na estrutura econômica da sociedade¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Tradução livre: “é o tornar mulher as mulheres, e do mundo”.

¹⁰⁵ Collin, F. Du moderne au post-moderne, p. 9.

¹⁰⁶ Nessa percepção bidimensional da questão de gênero principiado na década de 70, Nancy Fraser identifica as duas correntes majoritárias que dividiram o pensamento feminista até fins da década de 90, a político-econômica e a discursivo-cultural, e desenvolve sua proposta para superação desse modelo de justiça distributiva e de reconhecimento. (Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. Bruchini, Cristina; Unbehaum, Sandra G. (orgs.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas: Editora 34, 2002, p. 67.

Uma grande parte das teorias feministas de então, defendia a igualdade na diferença, pretendendo um sistema jurídico que correspondesse aos direitos particulares e intrínsecos às mulheres, a partir de sua identidade própria especialmente marcada pela fecundação.

Essas duas fases do feminismo foram precedidos por outras ondas¹⁰⁷ que pleiteavam, comungando com o pensamento liberal, o direito ao voto, ao trabalho e à educação, como consequência da igualdade de todos perante a lei, e que têm a sua importância ainda hoje, na medida em que os direitos civis ainda são reivindicações básicas das mulheres em muitas sociedades desenvolvidas ou não, diante da perpetuação de desigualdades econômicas, culturais e políticas.

Novas formas de pensar a realidade vão aos poucos surgindo dentro do pensamento feminista, que não guarda uniformidade ou consenso, mas que traz sempre, no cerne das questões, os problemas da igualdade, da diferença, da identidade e da hierarquia dos sexos, sob variados pontos de vista e contextos sociais. Nestas duas ondas, a discussão acerca da paternidade e da maternidade encontra-se presente dentro destes problemas, na medida em que pretendia “criticar os saberes constituídos, que se proclamavam universais a despeito do seu caráter muitas vezes masculino”¹⁰⁸, especialmente presentes a partir dos anos 70-80.

A polarização do debate sobre a igualdade e a diferença, potencializada pelo viés das condições identitárias da mulher e do homem ligadas à sua

¹⁰⁷ Como diz Michelle Perrot: “O feminismo age por impulsos, por vagas”. (*Uma história das mulheres*. Porto: Asa, 2007, p. 174).

¹⁰⁸ Perrot, M. *Op. Cit.*, p. 18.

natureza, trazida para o a vida privada, no que tange à paternidade e à maternidade, transfigura-se nos atuais tratados internacionais de direitos humanos, que oscilam em deixar a marca da isonomia de todas as pessoas como indivíduos abstratos e homogeneizados, em busca da diversidade genética de cada pessoa, fazendo que o conceito de pessoa seja profundamente alterado a partir dos conhecimentos surgidos com os avanços científicos na área da biotecnologia. Neste sentido, a Declaração Universal sobre Genoma Humano (UNESCO, 1999), dita:

Artigo 1. O genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade. Em sentido simbólico, é legado da humanidade.

Artigo 2. a) Toda pessoa tem o direito de respeito a sua dignidade e seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Essa dignidade torna imperativo que nenhuma pessoa seja reduzida a suas características genética e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas.

Artigo 3. O genoma humano, que por natureza evolui, é sujeito a mutações. Contém potenciais que são expressados diferentemente, de acordo com os ambientes natural e social de cada pessoa, incluindo seu estado de saúde, suas condições de vida, sua nutrição e sua educação.

Reconhece-se como sujeito de direitos a pessoa na sua essência e estrutura genética, como pertencente concreta e individualmente a cada ser humano, inclusive em suas diversidades e mutações. E na Declaração e

Programa da Ação de Viena (1993) há o reforço da noção de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos ao ditar no artigo 5, da Parte I, que

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

E, em específico, sobre a mulher, aponta Lindgren Alves, mais do que qualquer outro documento congênere, a Declaração de Viena, tanto na parte declaratória, como nas recomendações programáticas, deu atenção à situação de categorias específicas de pessoas cujos direitos têm sido tradicionalmente menos protegidos nas legislações e mais violados nas práticas nacionais¹⁰⁹. Suas inovações mais conseqüentes dizem respeito às mulheres. Elas procuram corrigir distorções observadas não apenas nos sistemas nacionais, mas também no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, chegando a modificar a própria definição dos direitos fundamentais tal como doutrinariamente estabelecida desde o Século XVIII, ao declarar no artigo 18, da Parte I, que

¹⁰⁹ Alves, A. Lindgren. "A Atualidade Retrospectiva da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos", disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/lindgren_Viena.html (Acesso em: 02/11/2004).

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Pode-se conseguir isso por meio de medidas legislativas, ações nacionais e cooperação internacional nas áreas do desenvolvimento econômico e social, da educação, da maternidade segura e assistência à saúde e apoio social.

Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta todos os Governos, instituições governamentais e não – governamentais a intensificarem seus esforços em prol da proteção e promoção dos direitos humanos da mulher e da menina.

A Declaração de Viena põe em evidência as necessidades específicas do gênero e suas condições socioeconômicas, notadamente na Parte II, inciso 3, intitulada “A igualdade de condição e os direitos humanos das mulheres” (artigos 36 a 44), dispondo, dentre outras medidas, sobre a integração, desenvolvimento sustentável, acesso das mulheres aos cargos decisórios,

meios de promoção da igualdade, eliminação das formas de violência privada e pública contra as mulheres, erradicação de todas as formas de discriminação, proteção à saúde física e mental, como, por exemplo, a inclusão do gênero na Lei “Maria da Penha” (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006), que em consonância com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e outros tratados internacionais, estatui que (artigo 2º):

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Na atualidade legislativa, há o reconhecimento jurídico de que as mulheres encontram-se, de variados modos, hierarquicamente inferiorizadas e concretamente suscetíveis dentro a pluralidade de contextos sociais, dando visibilidade à dominação de gênero; considerando-as, contudo, ainda de forma mais ou menos homogeneizada, na medida que integram um grupo que merece proteção específica. Permanece a representação das mulheres nestes textos legais ainda como um traço fundamental de um grupo frente à norma padronizada. A proteção específica da mulher é uma consequência da “dimensão relacional da diferença”¹¹⁰, como uma expansão e recontextualização da já conquistada igualdade aos direitos civis, aos direitos sociais, culturais e econômicos.

¹¹⁰ Scott, J.W. O enigma da igualdade, p. 24.

Importante notar que muito embora o *status* jurídico da mulher não esteja propriamente vinculado à sua orientação sexual, predomina a bicategorização entre homem e mulher, o essencialismo e o diferencialismo, dentro de uma certa lógica do *non-un*¹¹¹. Ao lado da corrente universalista e da diferencialista, surge uma terceira denominada pós-moderna ou desconstrucionista.

Questionando o pensamento moderno a partir de fundamentos filosóficos trazidos de Heidegger, *A essência da técnica* (1942) e seu herdeiro Derrida, essa corrente defende a desconstrução ou o pensamento da *différance*, neologismo utilizado que traduz como o pensamento moderno que repousa na crítica ao “logocentrismo” alicerçado no desenvolvimento da racionalidade científica e tecnológica utilizadas pelo sujeito, em dominação à natureza e ao objeto.

A determinação do homem e da mulher se interpreta em cada realidade, num movimento sempre recomeçado de desconstrução do “falocentrismo”, mediante a qual transforma-se a *différance* em *différend*, ou seja, a irredutibilidade da definição de um sexo em relação ao outro, mas sim o caráter móvel e ativo da masculino e do feminino, pois

o devenir hombre o mujer impuesto por la sociedad, por la ‘construcción social’, la perspectiva desconstruccionista no opone otra construcción, ni la abolición de toda construcción, sino un devenir móvil que se vuelve a decidir en cada acto, socavando os modelos impuestos.

¹¹¹ Collin, F. Du moderne au post-moderne, p. 34.

Ninguna de las dos posiciones sexuadas definidas puede fundar-se ontologicamente ni reducirse a sus componentes sociales. El sexo es performativo ('decir es hacer'): no se fabrica, se ejerce, y se ejerce bajo ciertas condiciones. Lo masculino y lo femenino actúan, en efecto, en individuos fisiologicamente o socialmente definidos como hombres o como mujeres. La indecidibilidad del sexo se decide – se construye – en cada situación y a partir de ella.¹¹²

A resistência do direito em abarcar as formas de filiação existentes nas práticas sociais e familiares, sob a modalidade de adoção de fato ou juridicamente mascaradas, de situações de exercício parental nas famílias recompostas, da pulverização dos atores envolvidos na reprodução medicalizada, mostra um tríplice aspecto da problematização do direito assim contextualizada: o distanciamento dos modelos jurídicos frente à realidade; a tendência a reproduzir, nos julgados, esses padrões que invisibilizam a diferença e a exclusão; e a neutralização das normatividades específicas desses campos social e científico no que tange à parentalidade.

Nomeadamente, na reprodução assistida, a biotecnologia permite uma gama de comportamentos anteriormente limitados pela natureza, que traz à tona a problemática do controle da reprodução feminina, da igualdade, da diferença e da vontade como elementos presentes na parentalidade.

3.2 Autodeterminação e parentalidade

¹¹² Collin, Françoise. Deconstrucción o destrucción de la diferencia de los sexos. Collin, F. *Praxis de la diferencia*. Liberación y libertad. Barcelona: Icaria Editorial, 2006, p. 46.

A configuração jurídica liberal do ser humano como sujeito de direitos civis, políticos e sociais detentor de sua própria autodeterminação é a marca da modernidade, fundada no princípio universal da isonomia dos cidadãos.

Progressivamente, a igualdade entre todas as pessoas passou a integrar os ordenamentos jurídicos europeus e americanos recém-libertos da colonização. Em consonância, as constituições brasileiras sofreram profundas influências desses ideais liberais e, já em 1891, com a laicização do Estado, cristalizaram-se, no país, esses fundamentos de igualdade e liberdade.

No plano do direito privado, o movimento de codificação absorveu esses postulados na esfera contratual e dos negócios jurídicos em geral, com a máxima contida no Código Civil francês de 1804 *qui dit contractuel dit juste*, expressão da liberdade das partes contratantes não só de contratarem como também de estipularem o conteúdo dos pactos, posto serem tecnicamente paritárias e iguais na manifestação da vontade. Assim também o direito ao uso, gozo e fruição da propriedade privada era a expressão da liberdade e da capacidade de adquirir patrimônio por parte dos sujeitos de direitos.

Às mulheres, porém, essa igualdade não atingia todas as suas dimensões. Sujeito de direitos de uma forma específica, pois o direito as concebia como pessoas com capacidades diferentes dos homens. Da vida pública às estreitas relações familiares a dissonância jurídica mostra-se presente. Na vida privada, a institucionalização do casamento civil sob o postulado da figura do “chefe de família” dá uma configuração jurídica ao tratamento diferenciado entre o homem e a mulher, nos delimitados espaços do público e do privado, com subordinação frente ao marido no exercício do poder familiar, possibilidade de anulação do casamento por erro essencial quanto à

mulher deflorada e, no âmbito do direito das sucessões, a deserdação por desonestidade da filha que vive na casa paterna.

O direito ao voto, ao trabalho, à capacidade civil no casamento, para administrar, gerir o lar e educar os filhos com igualdade, à vida pública e à participação política são os contornos das lutas dos movimentos das feministas brasileiras, que, no princípio do século XX, expressaram a discordância com o direito posto, a exemplo da formação do Partido Republicano Feminino, contendo em seu regimento a luta para que “fossem consideradas extensivas à mulher as disposições constitucionais”¹¹³, demonstrando as contradições internas e excludentes do direito moderno ao universalizar valores androcêntricos.

No plano familiar e doméstico, tal ordem de conflito aparece no Código Civil de 1916 ao cingir os direitos da mulher casada, colaboradora do marido, “chefe de família”, competindo-lhe “velar pela direção material e moral” da família. O sistema do direito privado, formado pelo direito civil e comercial, exacerbava a discriminação e desigualdade homens e mulheres no espaço doméstico, dentro de uma certa lógica de complementaridade entre os sexos: se aos direitos do marido, correspondem deveres da mulher, esta, por seu lado, é também um foco, de onde se irradiam direitos, que visam a assegurar o seu bem-estar e a sua dignidade na vida conjugal, como o direito de usar o nome de família do marido e gozar das honras e direitos, que se lhe possam comunicar e direito de exigir do marido sustento e defesa para a sua pessoa e para os seus bens.

¹¹³ Pinto, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 19.

Clóvis Beviláqua, jurista que redigiu o projeto do Código de 1916, defendia, que no sistema das relações privadas entre marido e mulher, existia a “tônica de justiça”, ou seja, “mecanismos de compensações e reajustes do mais forte e do mais fraco”, assinalando que:

Atualmente, a mulher goza de capacidade civil e a par do homem. Porém, casando-se, sofre limitações na sua capacidade civil (como, aliás, também sofre o homem), para recobrar a inteireza de sua personalidade, quando se quebra o vínculo matrimonial (...). É que, em muitas legislações, procede da autoridade marital a incapacidade com que o direito civil fere a mulher casada. Mas é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar.

Como lhe cabe a direção interna dos negócios domésticos, com tal ou qual amplitude, constituía costume aceito, valendo por dinheiro, hoje expresso em lei, que ela está autorizada a comprar objetos, que pertencem à economia do lar, ainda que os adquira por crédito¹¹⁴.

Note-se que, na concepção do Código, não existe um sistema de desigualdade que ofenda a suposta isonomia perante a lei, inclusive perante o texto constitucional de 1891, porém mecanismos de proteção tutelar ao gênero mais frágil e suscetível em relação ao homem e à sociedade, na qual cada um dos cônjuges detém uma esfera específica de atuação.

A ficção jurídica da igualdade e da liberdade como direitos universais do homem contradiz-se internamente, dentro do próprio sistema, e externamente, nas concretas relações interpessoais da mulher na família e na sociedade.

¹¹⁴ Beviláqua, Clóvis. *Direito da Família*. Campinas: Red Livros Editora, 2001, p. 157.

A luta pela paridade jurídica, social e cultural entre os sexos estendeu-se durante todo o século XX e adentrou neste, sendo certo que, juridicamente, os instrumentos internacionais e nacionais dos direitos humanos representam um grande passo para o reconhecimento e a paridade das mulheres nos vários segmentos da sociedade.

Isto faz que o direito, ambigüamente, enquanto um instrumento de reiteração de discursos “verdadeiros” que naturalizam a opressão sexual e a normalização de condutas, possa ser construído a partir de outras perspectivas aparentemente menos excludentes como a garantia e a busca da igualdade das mulheres na realidade social em que se inserem, não querendo dizer que a isso chegar a abalar o modelo tradicional de parentalidade. O binarismo é o que dá intelegibilidade ao direito de família, e mesmo que o direito reconheça a especificidade da mulher nas relações familiares, mantém estruturas de opressão e dominação que decorrem desta polarização naturalizada do masculino e feminino ligados ao sexo.

Nesse cenário, desenvolvem-se as premissas deste capítulo, ou seja, como o direito integra os impasses das diretrizes neoliberais para a autodeterminação no campo da reprodução humana, tendo por critério a vontade expressa dos pais no estabelecimento da filiação dentro das novas tecnologias reprodutivas. Nesta matriz, o pressuposto é a igualdade formal dos pais, no momento da manifestação de vontade, fato que permite indagar acerca das desigualdades reais da contratualização da parentalidade e a função do direito na configuração da paternidade e da maternidade.

A tônica dos critérios jurídicos para o estabelecimento da filiação encontra-se tradicionalmente presente na determinação da paternidade,

entendida como velada e incerta, frente à exterioridade da maternidade, auto-evidente, certificada pela gravidez e pelo parto como *sempre certa est*.

Dentro dos padrões jurídicos ocidentais, o direito normaliza discursos enquanto práticas que constroem incessantemente os objetos a que se referem, no caso da parentalidade, o sistema de presunções que permite ditar regras discursivas da verdade parental profundamente enraizadas em nossa sociedade¹¹⁵: o vínculo jurídico de paternidade de um filho nascido na constância do casamento, ou fora do casamento, que permanece até os dias atuais.

O sistema de parentesco vigente estrutura-se na bilinearidade e só admite um pai e uma mãe. Esse parentesco mantém-se sob uma regra jurídica: da exclusividade da biparentalidade. Mesmo diante da multiplicidade de situações, como existentes nas famílias recompostas, na monoparentalidade, na adoção à brasileira e nas famílias homoparentais. Tarnovski defende a contradição nas sociedades ocidentais entre essa exclusividade e a vontade. Mesmo havendo na vontade a possibilidade de construção de laços afetivos de parentalidade, esses laços ainda não têm afetado diretamente aquela rigidez¹¹⁶.

E, sob os critérios estritamente parentesco, o direito normaliza a vontade (legítima) para o estabelecimento da paternidade: a possibilidade de conceber, no casamento, ou fora dele.

¹¹⁵ Foucault, M. "Não ao sexo rei", p. 229-243. *Microfísica do Poder*, 18ª. ed., São Paulo: Graal, 2003.

¹¹⁶ Tarnovski, Flávio L. "'Pai é tudo igual?': significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais", p. 389-390.

No sistema de presunção de paternidade do filho¹¹⁷ nascido durante o casamento, ao pai, faculta-se o direito de negá-lo juridicamente, ou silenciar e aceitar, mesmo diante de uma falsa paternidade biológica.

Ao filho concebido fora dos limites matrimoniais, é permitido ao pai seu reconhecimento voluntário como ato de sua vontade ou forçado, por meio de uma sentença judicial declaratória do liame biológico existente entre ascendente e descendente. E a vontade manifestada voluntariamente não pode estar prejudicada por vício de consentimento, tal como uma coação ou dolo da mãe que levasse ardilosamente o pai a perfilhar.

Na filiação assexuada, porém, a vontade reveste-se de elementos outros, exteriores ao aspecto privado da reprodução humana. O dado biotecnológico força o caminho para uma manifestação de vontade expressa, consentida pública e contratualmente. O objeto desta volição é a concordância em se submeter às técnicas de reprodução medicalizadas, a fim de procriar, de doar gametas, embriões, ou de ceder o útero para gerar filho de mãe alheia.

Por meio da vontade, as pessoas autodeterminam-se quanto ao tipo de tratamento de infertilidade a que pretendem se submeter, o local para a fertilização, ao diagnóstico de pré-implantação, o número de embriões a serem implantados, o número de embriões excedentários, à doação de eventual material genético, à opção pela renúncia ou continuidade do congelamento dos

¹¹⁷ Sobre os sistemas de presunção da paternidade, ver: Veloso, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. Oliveira, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. Gomes, Orlando; Carneiro, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952. Fachin, Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

embriões criopreservados, ao tratamento em centros públicos ou privados, dentre outras determinações.

Tecnicamente, no Direito de família, a autodeterminação dos sujeitos e a manifestação da vontade encontram-se limitadas pela ordem pública. Ou seja, prioritariamente composto por normas que apresentam como peculiaridade o interesse público que se sobrepõe ao particular e à vontade das partes, como no casamento, na filiação, no parentesco, nos alimentos e nas regras patrimoniais entre os cônjuges. De forma exemplificativa, no casamento, uma vez realizado o contrato pela manifestação de vontade, “os cônjuges sujeitam-se a um complexo regramento de ordem pública, mas não perdem sua liberdade de atuação privada”¹¹⁸, tendo em vista o interesse do Estado (artigo 226, da Constituição Federal).

Essa manifestação de vontade e contratualização neste campo do direito não tem propriamente um escopo patrimonial, mas tão-somente permite concretizar atos para os quais esse direito possa incidir, tal como a reprodução sexuada, dada a fecundação no corpo da mulher, pelo ato sexual, os efeitos jurídicos automaticamente fluem, conforme a previsão legal.

Especificamente, no consentimento oriundo da reprodução assistida, faz-se uma clivagem entre o momento de manifestação da vontade e os efeitos jurídicos públicos ligados ao poder familiar e à paternidade/maternidade responsáveis, em conformidade com a técnica utilizada, a fecundação pode ocorrer dentro, *in vivo*, ou fora do corpo da mulher, *in vitro*, sendo

¹¹⁸ Azevedo, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 254.

imprescindível, em ambos os casos, o consentimento esclarecido das partes interessadas, para que os procedimentos médicos sejam executados.

Nas hipóteses aventadas pelo artigo 1.597, são três os casos em que a vontade deve expressar-se: na fecundação homóloga, para os embriões implantados durante a vida ou após a morte do marido e para os excedentários, implantados a qualquer tempo; e na fecundação heteróloga.

Uma vez a manifestação inequívoca da vontade do marido, a filiação estabelece-se automaticamente, desde que o(s) embrião(ões) esteja(m) implantado(s) no corpo da mulher. Caso contrário, à vontade então manifestada cabe retratação, desfazendo-se o projeto de parentalidade, mesmo que unilateralmente.

Isto se deve ao fato de o embrião estar fora do corpo da mulher e não receber do ordenamento a tutela de ser pessoa dotada de direitos da personalidade indisponíveis, tornando-se passível de doação, de descarte ou de ser destinado à pesquisa científica (Lei de Biossegurança¹¹⁹).

¹¹⁹ Assim dispõe a Lei 11.105/2005:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Com isso, permite cindir o momento de manifestação da vontade para o uso das técnicas de reprodução assistida que resulte em embriões e a transferência, a fresco ou após criopreservação, para a receptora. A Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, exige que o consentimento informado na reprodução, apresente os seguintes requisitos (Item I, n. 3):

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Quando criopreservados, exige-se consentimento específico sobre o destino destes embriões (Item V, n. 3):

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo.

Mas, o filho que é escolhido artificialmente, por intermédio da vontade dos genitores, somente terá esta denominação a partir da transferência

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

embrionária para o corpo da mulher, pois, a qualquer momento, como extensão do princípio da autodeterminação das vontades, o consentimento pode sofrer reajustamentos ou revogação por ambas as partes, ou uma das partes, unilateralmente, por ser nomeadamente uma relação médico-paciente¹²⁰.

Assim é a disposição da revogabilidade do consentimento médico-paciente, contida na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Oviedo, 1997):

Artigo 5º Regra geral. Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento¹²¹.

Mas no caso da reprodução humana, e especificamente no âmbito do artigo 1.597 do Código Civil, o consentimento dá-se dentro de uma relação de conjugalidade e de um projeto parental, a exemplo da autorização especial para a fecundação heteróloga, pois implica receber material genético de doador, que pode gerar outra ordem de conflitos de direitos fundamentais: os pacientes entre si, diante de discordância posterior. Porém, dada a ausência de um regramento específico sobre essa questão, as disposições genéricas da

¹²⁰ Casabona, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. Casabona, C.M.R.; Queiroz, J.F. (coords.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 162.

¹²¹ Grifo meu.

Convenção e da Resolução seguem o esquema da autodeterminação da vontade, no sentido da faculdade de retirar livremente o consentimento a todo momento, ou seja: da inviolabilidade da retratação como um direito fundamental da mulher e do homem.

No reconhecimento da especificidade desta relação entre as pessoas para um projeto de biparentalidade, não há, contudo, consenso. Existem países que diferenciam suas legislações internas, optando expressamente pela não revogabilidade do consentimento por parte do homem após a fecundação *in vitro*, e antes da transferência do embrião para a receptora, por reconhecerem que as técnicas de reprodução assistida conferem uma carga bem mais pesada à mulher que ao homem mediante a instrumentalização de seu corpo, a exemplo da Hungria, da Áustria, da Estônia, da Itália e da Espanha.

3.3 Biparentalidade e gênero: o caso Evans

O controle sobre o corpo da mulher e da maternidade são um dos pontos centrais do movimento feminista, identificados como o cerne da dominação masculina, marcadamente após as décadas de 60 e 70. A separação sexualidade da reprodução, mediante o uso dos métodos contraceptivos disponibilizados à mulher, foi uma das bandeiras do feminismo de libertação das pressões antropocêntricas existentes na sociedade e na vida privada.

Com os recursos científicos, há diversidade de situações novas ao direito, que passam a ser objeto de análise do primeiro caso apreciado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2007), no qual subjaz essa ordem de problemas, ou seja: no âmbito da conjugalidade heterossexual, quem tem direito a controlar a fecundidade e a reprodução? Quem tem o direito de dizer

“sim” ou “não” ao projeto parental e tem o direito ou não à maternidade e à paternidade sobre os embriões criopreservados, ainda não implantados no útero materno?

A especificidade do conflito estabelecido dá-se na disputa judicial por direitos antagônicos e excludentes de parentalidade, ambos com argumentos fundamentados nos direitos humanos e na manifestação de vontade declarada para o uso da fecundação *in vitro* (FIV). No caso, uma jovem mulher casada, em 2000, durante um tratamento para infertilidade, numa clínica de reprodução, tem diagnosticado a presença de tumores pré-cancerígenos nos ovários, com prescrição para a remoção total desses órgãos.

Por orientação técnica, dá-se a criopreservação dos embriões, e não dos óvulos, por ser, segundo informação prestada pela equipe médica, probabilisticamente a forma mais aconselhável de garantir o sucesso da fecundação. Os cônjuges debateram o tema e, diante do asseguramento verbal do marido de sua intenção inabalável quanto ao projeto parental para os embriões, ambos manifestaram seu consentimento, dentro das condições da legislação inglesa (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*), para que os procedimentos necessários fossem realizados, resultando em seis os embriões conservados.

No campo desta legislação interna britânica, cada um dos cônjuges, separadamente, tem a faculdade de retratar-se, retirando o consentimento dado, antes do embrião ser implantado no útero materno. Com o término da sociedade conjugal, em 2002, o ex-cônjuge arrependeu-se e removeu seu consentimento, com pedido de destruição dos mesmos, fato que motivou ação judicial da interessada, da qual o juiz da *High Court*, entende que a lei deve se

aplicar igualmente ao homem e à mulher, diante da mudança de situação matrimonial.

A questão acerca da interpretação do consentimento e sua revogabilidade, fundo da discussão judicial, apresenta-se diferentemente, nos argumentos apresentados pelas partes. Do homem, a revogabilidade é possível, porque não pode ser coagido a procriar e ter responsabilidades parentais que não deseja mais – direito a não procriar –, em decorrência da mudança de *status* familiar. Do governo britânico, o destaque ao texto legal (Lei de 1990) que visa a promover interesses interdependentes, como: o direito da mulher à autodeterminação quanto à gravidez eventual, uma vez que o embrião foi implantado, o consentimento livre e esclarecido às intervenções médicas, a igualdade de tratamento entre as partes, a promoção e a eficácia das técnicas da FIV.

E, da mulher, a ênfase à sua condição de esterilidade e a continuidade do projeto parental destinado aos embriões, como única possibilidade de ter filhos biológicos, pugnando o reconhecimento desta diferença, pois o homem potencialmente pode procriar com outra mulher e satisfazer seus desejos de ser pai, sendo que o ex-cônjuge não pôde se retratar impunemente, pois tinha conhecimento da sua situação de infertilidade permanente quando manifestou sua vontade; além do mais o Estado não pode ingerir na vida privada, no que diz respeito ao planejamento familiar.

Porém, no texto da decisão, assim resume a defesa da mulher:

A ses yeux, une femme apte à procréer sans assistance médicale peut choisir en toute liberté et en dehors de toute influence le sort qu'elle entend réserver à ses ovules

fécondés. Après la fécondation, cette femme serait, entièrement maîtresse de la destinée de l'embryon. A l'inverse, et comme toutes les femmes qui ne peuvent procréer sans avoir recours à la FIV, l'intéressée se trouverait à la merci du donneur de sperme, auquel la loi de 1990 confère le pouvoir de s'opposer à ce qu'elle se fasse implanter un embryon.¹²²

O problema não se encontra no doador anônimo, porque este juridicamente não se vincula à prole. No centro do debate encontra-se o doador associado à conjugalidade, dentro da qual se desenvolve o projeto biparental. Nesta hipótese, a mulher se coloca em uma situação inusitada, por não ter exclusivo direito de escolha sobre o destino do embrião, podendo o ato unilateral de revogação do doador prejudicar drasticamente os seus interesses de maternidade, durante ou após a dissolução da sociedade conjugal.

Três argumentos estruturantes fizeram que o Tribunal Europeu de Direito Humanos mantivesse a sentença britânica em favor dos interesses do homem, no sentido de descartar os embriões; são eles: em primeiro lugar, o direito do filho a ter pai; em segundo, sustentando que o marido não agiu de má-fé ao dar o seu consentimento, pois

“J” [le mari] avait donné cês assurances de bonne foi, car, à l'époque, il aimait la requérante, voulait vraiment avoir un

¹²² Tradução livre: “A seus olhos, uma mulher apta a procriar sem assistência médica, pode escolher com toda liberdade e, apesar de toda influência, o destino que ela quer reservar aos seus óvulos fecundados. Após a fecundação, essa será inteiramente dona do destino do embrião. Ao inverso, e como todas as mulheres que não podem procriar sem recorrer à FIV, a interessada se achará à mercê do doador do esperma, ao qual a lei de 1990 confere o poder de se opor àquela de implantar o embrião”.

enfant avec elle et était déterminé à l'aider à traverser cette période très difficile.¹²³

E, por fim, a necessária ingerência sobre a vida privada do casal, por parte do Estado, para assegurar a regra intangível do direito ao retrato, dentro do princípio da igualdade entre as partes, pois

Le Parlement a estimé que personne ne devait pouvoir déroger au principe selon lequel le consentement des deux parents génétiques est nécessaire. A mon avis, les circonstances de l'espèce montrent bien qu'il était sage d'interdire toute dérogation. La situation personnelle des parties n'est pas la même qu'au début du traitement, et il serait difficile pour une juridiction de déterminer si les effets du retrait du consentement [de J] sur [la requérante] sont plus importants que les effets que l'invalidation de ce retrait aurait sur [J]. La juridiction ne dispose d'aucun point de repère qui lui permettrait de procéder à cette évaluation. (...) ¹²⁴

A intangibilidade na revogabilidade do consentimento fundamenta-se na lei interna britânica e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Oviedo, 1997), persistindo a máxima: *qui dit contractuel dit juste*.

¹²³ Tradução livre: "'J' [o marido] tinha dado estas seguranças de boa-fé, pois, na época ele amava a requerente e desejava verdadeiramente ter uma criança com ela e estava determinado a ajudá-la a ultrapassar esse período muito difícil".

¹²⁴ Tradução livre: "O Parlamento prescreveu que ninguém poderia derogar o princípio segundo o qual o consentimento dos dois pais genéticos é necessário". A meu ver, as circunstâncias da espécie mostram bem que era sábio proibir qualquer derrogação. A situação pessoal das partes não é a mesma do início do tratamento, e será difícil uma jurisdição determinar se os efeitos da retirada do consentimento de 'J' sobre a requerente são mais importantes que a invalidação desta retirada de consentimento teria sobre 'J'. A jurisdição não dispôs de nenhum ponto de revisão que lhe permitisse proceder a esta avaliação (...)."

Se a lei permite a retratabilidade do consentimento, e as partes assim consentiram, não importam suas diferenças ou a boa-fé pré ou pós-contratual, porque se encontra presente o equilíbrio e a justiça.

Cabe perguntar se, ao defender os direitos fundamentais à isonomia entre as partes e à revogabilidade do consentimento, o Tribunal posiciona-se de forma neutra em relação ao caso dado. Se haveria um “universalismo antidiferencista” homogeneizando diferenças permeando a decisão? Se a abstração e desencorporação dos sujeitos, deslocados do concreto, mascara as dimensões relacionais de suas diferenças? São diferentes os mecanismos para a autodeterminação na reprodução sexuada e assexuada, resultando em diferentes análises jurídicas, quando o óvulo é fecundado fora das relações sexuais e do corpo da mulher?

As questões relativas à falta de neutralidade dos julgamentos e a abstração do sujeito do direito ainda são refratárias nas decisões dos tribunais, que alinham a racionalidade à dinâmica jurídica interna, dogmática e legalista. Mas, a partir destes mesmos argumentos estritamente jurídicos é possível perceber tendências de proteção a determinados valores mais valiosos, em detrimento de outros, de menor importância. A saber, a questão da inexorabilidade da autodeterminação de todas as pessoas ao submeterem-se às técnicas biomédicas, que acaba por privilegiar os direitos de não procriar do homem em detrimento dos da mulher. A não-vontade do homem supera e obriga a vontade e autodeterminação da mulher.

A ingerência pública sobre o privado ocorre, mesmo diante da livre organização que as pessoas têm no que diz respeito ao projeto parental existente, tanto na legislação europeia (artigo 8º, da Convenção Europeia de

Direitos Humanos, 1950), quanto na brasileira (parágrafo 7º, artigo 226, da Constituição Federal, artigo 1.513, do Código Civil e a Lei de Planejamento Familiar); e a interpretação dos fatos apontam para um determinado tipo de família, com privilégio ao modelo hegemônico da biparentalidade.

O planejamento do projeto filial mediante o uso da técnica, que potencialmente pode ser emancipatória, no sentido de romper modelos bicategoriais, hierarquizados e biologizados de parentalidade – permitindo a filiação, quer a uma amplitude maior de sujeitos de direitos independentemente dos limites naturais, quer a um comprometimento maior dos ascendentes envolvidos em relação à prole¹²⁵ – vê-se reduzido aos argumentos masculinos, de controle da procriação associada ao matrimônio dos pais.

Mesmo diante das novas tecnologias, reproduz-se a lógica do modelo biparental: há duas vontades indissociáveis. Neste sistema o “direito a não procriar” é justo, não pode ser violado. Com efeito, invisibilizam-se a exclusão de outros modelos e as dominações de gênero.

Observe-se que a auto-evidência da bicategoria parental encontra um nível de enraizamento cultural tão profundo e naturalizado, que não se cogitou solucionar o caso sob outras perspectivas, desfazendo pressupostos naturalizados no parentesco, como a monoparentalidade e o desligamento jurídico com o pai biológico. A vontade e o sangue perpetuam os modelos da parentalidade bitecategorizada mesmo diante de situações impensáveis há poucos anos atrás, como o caso ora relatado.

¹²⁵ Questão lançada por Scavone da escolha reflexiva nas novas tecnologias reprodutivas podendo gerar mudanças na estrutura da família (Scavone, L. “Maternidade: transformações na família e nas relações de gênero”, p. 57).

Objetivando uma perspectiva de maior equilíbrio e justiça, os votos vencidos de dois juízes, contra a maioria de cinco, apóiam os argumentos articulados pela mulher, não como um sujeito abstrato, mas sim concretamente existente, com particularidades e diferenças próprias, mas ainda dentro da polarização entre pai e mãe, ao afirmar que:

A notre avis, dans des cas où sont en cause des circonstances particulières telles que celles de la présente affaire, il serait plus juste de rechercher une solution en tenant compte **des droits qui sont concrètement en jeu dans l'espèce considérée**. Dans l'affaire *Evans*, les différences qui existent entre les situations respectives des parties et les contraintes qui pèsent sur celles-ci nous paraissent revêtir la plus haute importance.¹²⁶

A técnica traveste e transforma as relações de parentalidade no que se refere à escolha, à fecundação fora do corpo da mulher, ao tempo para ter filhos, à homoparentalidade, à monoparentalidade, mas, pode ser usada ainda dentro de preceitos jurídicos “arcaicos” que adapta às pressas os avanços tecnológicos à uma determinada lógica jurídica.

A inserção da biotecnologia, no campo jurídico, na produção de normas jurídicas, e na interpretação de situações concretas, reproduz as ambigüidades e os paradoxos relativos à igualdade de gênero, em que as escolhas normativas de aparente isonomia entre sujeitos ficticiamente abstratos, longe

¹²⁶ Tradução livre: “A nosso ver, nesse caso, onde estão em causa as circunstâncias particulares, tais como se apresentam no caso, será mais justo buscar uma solução dando conta **dos direitos que estão concretamente em jogo dentro do caso considerado**. No caso *Evans*, as diferenças existentes entre as respectivas situações das partes e os contratos que pesam sobre estas, nos parecem revestir da mais alta importância”.

estão da neutralidade, como a obscuridade de tratamento do tema referente à instrumentalização do corpo da mulher na reprodução assistida¹²⁷. Ao possibilitar a separação entre procriação e sexo, no que se refere à fecundação e à implantação do embrião, muda-se o modelo tradicional da reprodução humana como um dado natural; mas, ainda no que se refere à definição da parentalidade, em sua prática e no direito dominante, as biotecnologias conceptivas não segmentam a reprodução das relações de gênero¹²⁸, mesmo porque a sua utilização pode ser um reforço ao liame biológico entre ascendentes e descendentes, recrudescendo, pela técnica, o dado natural do parentesco em linha reta.

E, se o direito é refratário ao ponderar o real em suas decisões, o reconhecimento das relações de gênero permanece ainda mais obscuro e distante na homogeneidade discursiva da justiça em caminho a uma paridade emancipatória¹²⁹. Num mundo pós-moderno, no qual a técnica e o biológico associam-se para garantir a procriação do humano, as mesmas categorias de análise encontram-se presentes: a biologização biparental dentro do casamento e a dominação de gênero. A igualdade formal entre as partes envolvidas no projeto parental dá-se por meio da manifestação vontade (contrato), bem como o pode sobre o descarte.

¹²⁷ Sobre o assunto, ver, dentre outros, Tavares, M. S. G. Tecnologias reprodutivas: implicações na saúde da mulher, p. 217 e ss. Scavone, L. (org.). *Tecnologias Reprodutivas: gênero e ciência*. São Paulo: UNESP, 1996.

¹²⁸ Strathern, Marilyn. Necessidade de pais, necessidade de mães, p. 303-328. *Estudos Feministas*, n. 2/95, p. 328.

¹²⁹ Fraser, N. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero, p. 68 e ss.

O modelo biparental e consangüíneo são repetições da modernidade dentro da pós-modernidade, realidade complexa, com normatividades próprias e sujeitos plurais, na qual a parentalidade atinente ao vínculo filial pode cingir-se ou não aos modelos hegemônicos da família-tipo.

4 BIOTECNOLOGIAS REPRODUTIVAS: FATO SOCIAL E DISCIPLINA LEGAL

A par desses elementos constitutivos das relações familiares e sociais com referências da maternidade e paternidade, a ciência biológica e médica causam importante impacto no Direito de família, desde o planejamento familiar e os métodos contraceptivos com a diminuição do número de filhos, até a prova científica da ascendência biológica e a reprodução assexuada, mediante o uso das tecnologias reprodutivas.

4.1 Usos sociais da biotecnologia

E, nesse passo, parafraseando Bourdieu ao analisar as interferências do social sobre a produção científica, pode-se indagar sobre quais os mecanismos de que o direito dispõe, no microcosmo da disciplina jurídica da família, para refrear ou incorporar os avanços das ciências biológicas e resguardar sua autonomia, utilizando-se das “próprias determinações internas”. Quer dizer, qual o grau de autonomia e heteronomia do direito e suas normas que disciplinam a reprodução humana ao estabelecer os critérios da paternidade e maternidade com maior ou menor “politização” com relação às interferências da biomedicina?¹³⁰.

As intervenções da ciência na construção da parentalidade, no âmbito do Direito de família, dão-se em espaços delimitados enquanto campos distintos que guardam um certo grau de autonomia, como sistemas dotados de leis próprias.

¹³⁰ Bourdieu, Pierre. *Os Usos Sociais da Ciência*. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 20-24.

E, por sua vez, a ciência biotecnológica não é isenta de pressões externas, instrumentalizando-se para o desenvolvimento de técnicas que atendam à lógica do mercado e aos interesses de determinados grupos sociais que irão deter, pela reserva de mercado e patentes, o controle e distribuição desses produtos científicos. Parte integrante da política global neoliberal da saúde¹³¹, tem por contraponto a alta vulnerabilidade e pobreza de mulheres e crianças que avolumam as taxas de mortalidade materna e neonatal, sem acesso aos direitos mínimos de cidadania e sobrevivência com dignidade.

No campo das disputas pelo conhecimento científico, marcadas pelo ineditismo das publicações em revistas especializadas, as tecnologias reprodutivas e investigações correlatas como o DNA, a clonagem terapêutica, a manipulação da vida, as biotecnologias, o genoma humano, a criopreservação de embriões, as pesquisas em células-tronco embrionárias, os tratamentos de infertilidade, os diagnósticos pré-implantatórios de embriões, com projetos em nível trans-nacional – a exemplo: o Projeto Genoma –, a gerir políticas públicas voltadas para a saúde pelo setor público e em investimentos privados; somam-se às já consagradas políticas que perpassam a rede familiar, especialmente no que se refere aos métodos de controle da concepção e a medicalização da gravidez até o parto.

A medicina e a biologia transformam-se em ciências que se apropriam de um novo discurso pautado nas investigações biotecnológicas com poder de instrumentalização da vida e da morte, construindo uma nova forma de política

¹³¹ Nunes, J. A. A pesquisa em saúde nas ciências sociais e humanas: tendências contemporâneas, p. 23-29. Publicações Oficina CES, n. 253, junho/2006. (Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/253/253.php>).

ontológica de interação entre natureza e tecnologia¹³² e acaba por invadir a ciência jurídica que passa a adotar terminologia biomédica, especialmente no que se refere à filiação: paternidade biológica, exame de DNA, embriões, inseminação artificial homóloga e heteróloga, embriões excedentários, doador e receptor de gametas, clonagem humana.

A compreensão da tecnologia traduzida à consciência prática das pessoas, assinala Habermas, configura-se, num mundo industrializado e mercadológico do progresso das ciências, na transformação dos conhecimentos biológicos em “saber tecnológico” se suas “consequências práticas” que subvertem a “consciência prática do mundo social da vida”, ou seja, ao distanciamento entre o mundo científico e “mundo vital” intermedia-se a tecnologia¹³³.

Fato notável que bem exemplifica o quanto a ciência permeia as práticas sociais, tem-se a forte influência da perícia do exame de DNA, nas ações que versam sobre a verificação judicial da paternidade. Tornado gratuito este exame desde o ano 2000, o Estado de São Paulo tem enfrentado um aumento em progressão geométrica desses exames realizados pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC), demonstrando a

¹³² Nunes, J. A. A pesquisa em saúde nas ciências sociais e humanas: tendências contemporâneas, p. 8.

¹³³ Habermas, Jürgen. Progresso Técnico e Mundo Social da Vida. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 95-101. Para o debate sobre uma perspectiva de gênero, v. Ramírez-Gálvez, Martha. A fertilização tecnológica de nossos corpos. Ferreira, Verônica; Ávila, Maria Betania; Portella, Ana Paula (orgs.) *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, 2006, p. 23 a 38. Ainda, v. Mies, Maria. Novas tecnologias reprodutivas: implicações sexistas e racistas. Mies, Maria; Shiva, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 229-255.

flexibilidade do direito diante da tecnologia e a credibilidade da verdade científica no campo das presunções e incertezas jurídicas para a determinação da paternidade¹³⁴.

A racionalização desse saber/poder técnico pela ciência do direito, dá-se sob a forma de controle dos consumidores dessas tecnologias, no caso, as reprodutivas, que objetivamente podem escolher – ato de vontade – entre a reprodução sexuada e reprodução assexuada, a fertilização *in vivo*, corpórea, como a inseminação artificial (gametas masculinos selecionados e implantados no útero) e transferência intra-tubária de gametas – GIFT (gametas masculino e feminino colocados nas tubas interinas, mediante laparoscopia), ou fertilização *in vitro* (FIV), extracorpórea, mediante a transferência intra-uterina de embriões no útero (“Bebê de Proveta”), inseminação homóloga ou heteróloga, dentre outros métodos, como a transferência embrionária – TE e transferência Intratubária de zigoto – ZIFT.

A possibilidade de uso das tecnologias reprodutivas faz-se pelo acesso dos usuários aos centros de reprodução humana, os quais, segundo a Rede Latino-Americano de Reprodução Assistida¹³⁵ (Anexo I), são, em 2004, representados em mais de 40% pelo Brasil (60 centros) – seguido por México (20 centros), Argentina (19 centros), Chile (8 centros), Colômbia (8 centros),

¹³⁴ Cf. dados fornecidos pelo IMESC, que apontam um acréscimo de 500% nas perícias de DNA, disponível em:

http://www.imesc.sp.gov.br/result_paternidade_1995_2006.htm

¹³⁵ Em cadastro da Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDELARA), estabelecida no ano de 1995, instituição com fins científicos e educacionais, que agrupa mais de 90% dos centros que realizam técnicas de reprodução assistida na América Latina.

In: <http://www.redlara.com/home1.asp> [29/03/2006]

Venezuela (6 centros), Equador (3 centros), Uruguai (2 centros), Peru (2 centros), Guatemala (1 centro), Bolívia (1 centro) e República Dominicana (1 centro).

Significativamente superiores, embora ainda não conclusivos, são os dados fornecidos pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) com cerca de 140 médicos associados¹³⁶ e indica 117 centros que utilizam as biotecnologias reprodutivas no Brasil, sendo que a grande maioria deles concentra-se em estados mais ricos, como São Paulo (47)¹³⁷.

A incompletude destes cadastros não espelha a totalidade dos centros de reprodução humana no Brasil, mas permite uma amostragem da extensão do uso da ciência biotecnológica no âmbito das relações privadas e a clivagem de recursos biotecnológicos na linha dos ricos e dos pobres: Mais de 90% dos centros indicados na REDLARA somente realizam os tratamentos de infertilidade a particulares, do que se deduz, pelos altos custos, que excluem a grande maioria da população brasileira potencialmente interessada nesses serviços. O projeto parental biotecnologizado reproduz exclusões sociais derivadas da mercantilização das novas tecnologias reprodutivas inacessíveis às classes mais pobres.

Ramirez-Gálvez mostra esse fator de mercantilização ínsito às tecnologias reprodutivas, mesmo sendo proibidas no Brasil práticas de

¹³⁶ Dados obtidos no endereço eletrônico: <http://www.sbra.com.br/>. Acesso em: 20/07/2007.

¹³⁷ Segundo o "Dossiê de Reprodução Humana Assistida", da Rede Feminista de Saúde, sob a coordenação de Alejandra Ana Rotania, em 2003. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EA/Dossi%EA%20Reprodu%E7%E3o%20Humana%20Assistida.pdf>.

comercialização destes materiais genéticos, especialmente nas denominadas doação compartilhada de óvulos entre clínicas de reprodução assistida de serviço público nas quais mulheres sem recursos econômicos doam óvulos para usuárias de serviço privado ou, ainda, diante do vazio legal, da prática transnacional de importação de gametas para as mulheres mais ricas, denunciando a diferença no acesso ao mercado biotecnológico¹³⁸.

A seguir será tratado como esses usos sociais encontram-se representados no campo da produção legislativa brasileira.

4.2 Perfis legislativos da reprodução assistida

A profusão do uso das técnicas de reprodução assistida pela sociedade brasileira força a transformação dessa realidade ao caminho legislativo dessa nova realidade. As relações familiares, na esfera da procriação medicalizada, assumem contornos que evidenciam a “difusão de um saber tecnicamente utilizável”.

De outra parte, clarificam a desproporção e a tensão entre sistema de valores¹³⁹ jurídicos simbolicamente contidos, tal como o Código Civil de 2002 inseriu no âmbito das relações de parentesco, a filiação havida mediante as novas técnicas reprodutivas, dispondo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

¹³⁸ (Ramirez-Gálvez, Martha. “A fertilização tecnológica de nossos corpos”, p. 23-38. Ferreira, V.; Ávila, M. B.; Portella, A. P. (orgs.). *Feminismo e as Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2006).

¹³⁹ Habermas, J. *Progresso Técnico e Mundo Social da Vida*, p. 104 e 106.

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – **havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;**

IV – **havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;**

V – **havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido**¹⁴⁰.

Da leitura deste dispositivo legal, nota-se a coexistência de dois sistemas filiais, no quadro da presunção *pater is est quem justae nuptae demonstrant* (o pai é o marido da mãe): nos incisos I e II, a presunção relativa da vetusta contagem dos limites mínimos e máximos do termos inicial e final do período gestacional coincidente com a coabitação sexual matrimonializada, enquanto ato da natureza no qual se combinam sexualidade e reprodução; e, nos incisos III, IV e V, a presunção absoluta, regra que não permite contestação, do sistema da reprodução assistida, sob as formas previstas de fecundação artificial homóloga (gametas fornecidos pelo marido), ocorrida em vida ou *post mortem* (incisos III e IV), e a inseminação artificial heteróloga (gametas fornecidos por doador) (inciso V), como ato da tecnologia reprodutiva fundado na vontade e no consentimento das partes.

Subjaz, na reprodução assistida contida nos incisos III a V, o modelo binário de parentabilidade, com presunção absoluta, que não pode ser

¹⁴⁰ Grifo meu.

desconstituída por ação, de vínculo filial: biológica mediante a fertilização *in vivo* ou *in vitro* homóloga e socioafetiva com técnica de fertilização *in vivo* ou *in vitro* heteróloga, à semelhança da adoção.

Tecnicamente, além de imprecisão jurídica das técnicas em reprodução assistida, o legislador civil peca por inadequação terminológica ao confundir a “fecundação”, “concepção” e “inseminação” artificial e as técnicas de fertilização intra e extracorpórea.

A Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida entende por Técnicas de Reprodução Assistida (RA):

São todos os tratamentos ou procedimentos que incluam a manipulação *in vitro* de oócitos humanos, espermatozóides ou embriões, com o propósito de conseguir uma gravidez. Inclui, entre outros, a fecundação *in vitro* e transferência embrionária transcervical, transferência intratubária de gametas, transferência intratubária de zigotos, transferência intratubária de embriões, criopreservação de gametas e embriões, doação de oócitos e embriões e a cessão temporária de útero. A definição de RA não inclui a inseminação assistida (inseminação artificial) usando espermatozóides do parceiro da mulher ou de doador¹⁴¹.

Longe do consenso, logo após da vigência do Código Civil de 2002, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (CJF), emitiu linhas hermenêuticas sob forma de enunciados e propostas legislativas para colmatar e ajustar tecnicamente a nova legislação, dentre as quais assentou-se que a terminologia utilizada nos incisos III, IV e V, deveria ser substituída pela

¹⁴¹ Verbetes do Glossário da Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. (Disponível em: <http://www.redlara.com/registro.asp>).

expressão “técnica de reprodução assistida” (Enunciados 105 a 107), sendo que o Enunciado 126 aplica a terminologia “reprodução assistida” tanto para as fecundações ocorridas *in vitro* e *in vivo* (inclusive a inseminação assistida).

E, garantindo a igualdade de gênero enquanto direito humano fundamental, propõe paridade para a mulher no uso da reprodução assistida homóloga e heteróloga, bem como a cessão temporária de útero, com o seguinte dispositivo:

Art. 1.597 – A. A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

A alta tecnologia aplicada à reprodução humana dá-se num contexto de extensão dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos vinculados à dignidade, liberdade e cidadania de homens, mulheres e do casal (artigo 1º, da Lei de Planejamento Familiar – Lei n. 9.263/1996, que regulamenta o parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988), fomentada por investimentos públicos e privados e regulamentada pela Portaria n. 426, de 22 de março de 2005, do Ministério da Saúde, que institui a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

Esta política pública pretende estender e estruturar a prestação de serviços de reprodução humana assistida junto à rede pública (Sistema Único da Saúde – SUS), para o atendimento de infertilidade e transmissão de

doenças infecto-contagiosas (como HIV e hepatite B)¹⁴², bem como hereditárias. Ainda, a Portaria n. 388, de 06 de julho de 2005, dispendo sobre a implantação das tecnologias reprodutivas¹⁴³ nas secretarias de saúde do estados.

No âmbito dessas políticas públicas visando ao oferecimento das tecnologias reprodutivas, a orientação do Estado para a identificação dos beneficiários desses serviços de saúde reprodutiva, restringe-se aos casais (casados ou não) heterossexuais, sendo que a mulher deva ter idade entre 25 e 50 anos¹⁴⁴, com comprovada infertilidade conjugal, ou seja, a ausência de

¹⁴² Esta já é uma prática habitual médica, conforme sustenta parecer exarado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), Processo Consulta CFM Nº 1.636/2003. (Disponível em:

http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/48_2003.htm). Inclusive, o CFM permite o procedimento de separação de espermatozóides com a finalidade de escolha do sexo, diante de transmissão de doenças genéticas relacionadas com o sexo. (Processo Consulta CFM Nº 3.070/2003, disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/50_2003.htm).

¹⁴³ A Portaria n. 388/2005, ao programar a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, utiliza a nomenclatura reprodução assistida de forma ampliada, englobando tratamentos que se estendem da básica, à média e alta complexidade, compreendendo dentre os primeiros, consulta e exames (sorologia, espermograma, sorologia para doenças infecto-contagiosas, vacinação contra rubéola); aos segundos, intervenções cirúrgicas, tratamentos de endometriose, varicocele, cultura de espermatozóides, exames de dosagem hormonal e a inseminação artificial e, dentre os últimos, ditos de alta complexidade, a fertilização *in vitro* (FIV) e a fertilização *in vitro* com injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), que atende, mais especificamente, aos casos de infertilidade masculina, pois a fertilização é obtida por meio da injeção de um único espermatozóide, no citoplasma do oócito, utilizando-se um micromanipulador.

¹⁴⁴ Entre 18 e 25 anos, as mulheres podem usufruir dos serviços, após análise de especificidades do quadro clínico (exemplos: azoospermia do parceiro, endometriose, neoplasias malignas).

gravidez em um casal com vida sexual ativa, sem uso de medidas contraceptivas, em um período de 1 ano ou mais, à exceção dos casos de casais com doenças contagiosas e hereditárias.

Impõe avaliação prévia do casal por equipe interdisciplinar, a fim de que possa habilitar-se ao tratamento de infertilidade, sendo do conteúdo do parecer critérios psicológicos (projeto de vida, compreendendo o projeto parental, inexistência de transtornos psiquiátricos e verificação de tóxico-dependência) e sociais (existência de condições materiais – moradia, trabalho, renda, acessos à benefícios sociais –, familiares – apoio concreto e operacional da família e amigos), sendo aferidos, neste item, os dois elementos de exclusão ao tratamento pela rede pública: a comprovação de violência doméstica e a contracepção definitiva da mulher, com filhos vivos da atual relação, com o mesmo parceiro.¹⁴⁵

Tais requisitos, autorizadores do uso das tecnologias reprodutivas, ultrapassam questões atinentes à proteção da saúde reprodutiva e adentram numa concepção ideal do casal para um determinado projeto parental, idealizado pelo Estado. Desigual e discriminatória, da política de proteção humana no Brasil, são excluídos: solteiros, casais homossexuais, mulheres acima de 50 anos, mulheres vítimas de violência doméstica e que se submeteram à esterilização, com prole viva do atual parceiro.

O projeto parental assim concebido é biparental, heterossexual e com forte limitação no que se refere aos direitos reprodutivos da mulher. Restrições que ofendem diretamente texto da lei complementar referente ao planejamento

¹⁴⁵ Portaria n. 388/2005, Anexo III, Diretrizes para Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, I Diretrizes para o acompanhamento psicossocial.

familiar, que garante o “acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (artigo 4º), de mulheres, homens e casais (artigo 3º), inclusive à “assistência à concepção e contracepção” (inciso I, parágrafo único, artigo 3º). Logo, configuram-se inconstitucionais por violarem direitos fundamentais de igualdade e cidadania, inclusive o direito à monoparentalidade, enquanto um direito constitucional à procriação¹⁴⁶.

4.3 A política governamental

A política governamental de acesso às tecnologias reprodutivas na rede pública de saúde (SUS) é consectária do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), lançado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). Em 2004, dentre os objetivos traçados para o planejamento familiar, há a ampliação de ofertas de métodos anticoncepcionais (reversíveis ou não) e de tratamentos para a infertilidade como a reprodução assistida pelo SUS, como parte de políticas públicas para a ampliação da autonomia das mulheres e da cidadania¹⁴⁷.

Diga-se que além de inconstitucional, a hipótese alinhada de exclusão decorrente de violência doméstica (“Violência doméstica, que, caso identificada, constitui-se em critério de exclusão”), vai de encontro às políticas de igualdade para as mulheres, pois ao restringir seus direitos reprodutivos em

¹⁴⁶ Aguiar, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91. Nesse sentido, convém destacar que o Conselho Federal de Medicina sustenta parecer favorável à pessoa solteira formar família, desde 1997, utilizando-se da reprodução assistida. (Consulta n. 23.436/96, disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/1996/23436_1996.htm).

¹⁴⁷ Relatório de Implantação do PNPM, SPM, Brasília, 2006, p. 70. (Disponível em: http://200.130.7.5/spmu/docs/pnpm_relatorio.pdf).

situação de violência, configurado-se em dupla violência: pública e doméstica, como uma restrição que se dá, no plano do acesso aos direitos reprodutivos e ao livre planejamento familiar, fundada em violência preexistente no campo doméstico.

Ademais, a preponderância desta visão desigual é manifesta em outras limitações para a mulher, tal como a da idade, sem igual disposição para o homem, evidenciando o essencialismo ligado ao corpo da mulher e a incapacidade física gestacional, mesmo diante das possibilidades biotecnológicas de superar a natureza, mediante o controle de gametas e embriões (diagnóstico pré-implantatório dos embriões), a utilização de gametas de doador/doadora, bem como a sub-rogação de útero.

A liberdade sobre a sexualidade, o corpo da mulher e a maternidade, dissociando a sexualidade da reprodução, têm, com as tecnologias reprodutivas, um ruptura inimaginável ao mudar a exclusividade do modelo reprodutivo pautado na concepção natural/uterina, sistematizado pelo direito, na medida em que permite a separação entre a sexualidade e concepção, pais jurídicos/sociais e doadores de gametas, ou ainda, a combinação doadores, receptora (“barriga de aluguel”) e pais jurídicos/sociais.

Ao desligar sexualidade e reprodução, a liberdade sobre a sexualidade, o corpo e a maternidade, as tecnologias reprodutivas permitem à mulher o direito de escolha (autodeterminação) do tempo da maternidade, dentro ou fora do período reprodutivo, mesmo que isso corresponda às pressões de mercado para o ajustamento das necessidades de envolvimento profissional em equilíbrio ao binômio trabalho/família, e, ainda, aos riscos de submeter-se ao

rigor das técnicas reprodutivas invasivas do corpo da mulher, instrumentalizado e medicalizado.

À liberdade sexual e à contracepção, defendidas pelas feministas desde a década de 60¹⁴⁸, contrapõe-se o discurso da fecundidade, da procriação natural e do determinismo biologizante enquanto formas de opressão da mulher¹⁴⁹, reduzida e limitada socialmente ao seu papel reprodutor¹⁵⁰. Neste contexto, a esterilização feminina é muito disseminada no Brasil como um método definitivo e seguro para as mulheres usuárias dessas tecnologias, correspondendo, na década de 90, a 48% dos métodos utilizados por mulheres em idade entre 30 a 44 anos¹⁵¹. A eficácia desses métodos restou, dentre outros fatores, por reduzir a taxa de fecundidade da mulher brasileira de 6,2 filhos, na década de 40, para 2,3 filhos por mulher¹⁵², em 2000.

¹⁴⁸ Métodos contraceptivos modernos, sob o controle da mulher, em contraposição aos denominados métodos masculinos (coito interrompido, preservativo), começaram a ser comercializados nos Estados Unidos desde 1960, como a pílula e o DIU, possibilitando, assim, a efetiva separação entre sexualidade e procriação. Na França, a pílula passou de 40%, em 1978, para 60%, em 2000; em contrapartida, os métodos tradicionais (preservativos, abstinência periódica e coito interrompido), recuaram, no mesmo período, de 43% para 16%. A esterilização feminina, em 1988, correspondia a 7% das mulheres entre 18 e 49 anos, sendo que destas 21% realizaram a intervenção por razões terapêuticas. (Jaspard, Maryse. *Sociologie des Comportements Sexuels*. Paris: La Découverte, 2005, p. 58-61).

¹⁴⁹ Scavone, Lucila. Recursos Conceituais: Feminismo e Ciências Sociais. Scavone, L. (org.). *Tecnologias Reprodutivas*. p. 52-53.

¹⁵⁰ Bozon, Michel. *Sociologie de la Sexualité*. Paris: Armand Colin, 2005, p. 18.

¹⁵¹ Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde/BEMFAM, 1996. (Disponível em: <http://www.bemfam.org.br/up/04Capitulo4%20anticoncepcao.pdf>).

¹⁵² Censo Demográfico 2000, Fecundidade e Mortalidade Infantil, IBGE. (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/fecundidade.html#anc1>).

As tecnologias contraceptivas permitem romper o “corpo socializado”¹⁵³, segmentando sexo e reprodução, que, paradoxalmente, abrangidas no campo das políticas públicas, despolitizam-se e tornam-se instrumentos de políticas demográficas de ampla aplicação em mulheres com baixa escolaridade e em regiões pobres do Brasil, atendendo aos interesses do Fundo Monetário Nacional para a redução do crescimento demográfico brasileiro, sem uma discussão de fundo sobre os efeitos desses métodos no âmbito da saúde reprodutiva da mulher¹⁵⁴.

Atualmente, há o apoio governamental, a partir de 2005 e no âmbito da Política Nacional de Direitos Sociais e Reprodutivos, ao acesso ampliado à esterilização cirúrgica voluntária na rede pública de saúde, condicionando-o às mulheres maiores de 25 anos ou que tenham pelo menos 2 filhos, realizada mediante consentimento informado prestado “após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes” (§ 1º, inciso II, artigo 10, da Lei de Planejamento Familiar).

A falta de menção, no consentimento informado, sobre a vedação dessas mulheres ao acesso nos serviços públicos das tecnologias reprodutivas, como acima especificado, fato que compromete a validade da livre manifestação de vontade, da reversibilidade e do arrependimento. Simbolicamente, a mulher pobre esterilizada, que já deu prole ao seu cônjuge (descendentes/herdeiros), não tem direito à escolha (autodeterminação) de

¹⁵³ Bourdieu, P. *A Dominação Masculina*, p. 51.

¹⁵⁴ Scavone, Lucila. Direitos reprodutivos, políticas de saúde e gênero. *Dar a Vida e Cuidar da Vida*. Feminismo e Ciências Sociais. São Paulo: UNESP, 2004, p. 59 e 66-67.

restabelecer sua capacidade procriativa num momento ulterior, sendo-lhe possível, contudo, nas clínicas de reprodução humana particulares. Em contrapartida, a que estabelece uma nova família, poderá concretizar seu projeto parental, dando prole ao novo consorte.

A exclusão da mulher esterilizada dá-se na linha da pobreza. As políticas públicas para essa categoria de mulheres (esterilizadas e com prole do atual cônjuge), que compõem uma grande margem da população feminina brasileira, encobre questões de gênero ao condicionar economicamente a vontade da mulher, quase que punição pela escolha da não-maternidade.

Igualmente, numa sociedade industrializada onde a mulher prorroga cada vez mais a maternidade por força de necessidades profissionais e da liberdade de escolha pessoal¹⁵⁵, a mulher acima de 50 anos que queira exercer seus direitos reprodutivos conceptivos e se vê adstrita à ordem pública, torna-se vítima de uma violência simbólica pública que estigmatiza o corpo da mulher já não-reprodutora, infértil em decorrência da idade, resultado da objetivação simbólica do corpo da mulher¹⁵⁶ enquanto um tempo da procriação social e cientificamente construído, em contrapartida do à eternização, pela técnica, da virilidade masculina.

Articulada com essas normas, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005) permite pesquisas genéticas em embriões criopreservados remanescentes das técnicas de reprodução assistida utilizada

¹⁵⁵ Pesquisa realizada em um hospital francês sobre o uso das tecnologias reprodutivas envolvendo o momento da escolha da maternidade como uma questão fundamental das relações de gênero. (Tain, Laurence. Um filho *quando* eu quiser?: o caso da França contemporânea. *Estudos Feministas*, 13(1): 216, jan.-abr./2005).

¹⁵⁶ Bozon, M. *Sociologie de la Sexualité*, p. 19.

na rede pública e privada. Oriunda de projeto de lei proposto pelo Executivo (PL 2401/2003), dispõe sobre questões de alta tecnologia biológica, organismos geneticamente modificados, engenharia genética e pesquisa em embriões, objetivando o “estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente” (artigo 1º).

Após célere processo legislativo, fato incomum que denota o entrelaçamento de fortes interesses políticos e econômicos sobre os temas tratados, a lei aborda a legalização da pesquisa e terapia sobre “células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*” (artigo 5º), não utilizadas no procedimento, nas hipóteses de inviabilidade do embrião e de criopreservação há pelo menos 3 anos a contar da data de congelamento.

A fim de propiciar condições procedimentais a essa lei, o governo brasileiro, cria, mediante a Portaria 2.526/2005, o banco de dados informatizados (SisEmbrio) para a identificação numérica de cada embrião criopreservado nos centros de reprodução assistida, públicos e particulares, como cadastro de embriões congelados existentes nos bancos de células e tecidos germinativos (BCTG). Permite competência fiscalizatória e controladora dos procedimentos gerais de funcionamento dos BCTG à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹⁵⁷, após consulta pública aberta em julho de 2006 (Consulta Pública n. 41).

¹⁵⁷ Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 33, de 17 de fevereiro de 2006.

O código nacional do embrião deverá acompanhar o embrião por um período de 20 anos após a sua utilização, pesquisa ou implantação, contendo a sigla da unidade da federação do BCTG de origem, os algarismos do registro do centro de reprodução junto ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos da Saúde (CNES) e o código de identificação.

E, conquanto a legislação brasileira vede a remuneração para a doação de tecidos, células, gametas ou embriões (artigo 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988; artigo 5º, inciso II, § 3º, da Lei de Biossegurança e Lei n. 9.434/1997), preconizando a gratuidade intrínseca ao ato de doar, há de se ressaltar que nada impede que procedimentos de reprodução assistida¹⁵⁸, como processamento dos gametas, a aplicação das técnicas de reprodução assistida, bem como os produtos da pesquisa sobre as células-tronco embrionárias desenvolvidos nos centros, sejam monetarizados.

Nesse contexto, a coisificação¹⁵⁹ do embrião dada pela Lei de Biossegurança, permite a orquestração de uma rede biotecnológica de

¹⁵⁸ Alguns centros de reprodução assistida situados em hospitais públicos cobram taxa mínima para o pagamento dos procedimentos necessários à realização das tecnologias reprodutivas, sendo certo que o acesso, mesmo público, a esses direitos reprodutivos, requer condições econômicas mínimas.

¹⁵⁹ Guilherme de Oliveira, juridicamente problematiza esta compreensão do embrião não implantado como integrante do Direito das Coisas, enquanto um “domínio duradouro”, sem caráter patrimonial, com elevado interesse social e econômico: “No nosso contexto cultural e jurídico, a utilização do conceito de propriedade – com a sua marca de patrimonialidade e de satisfação de interesses econômicos – surge como herético relativamente à ‘sacralidade’ do corpo humano de seus despojos e partes destacadas. Neste quadro, os problemas do domínio sobre os materiais biológicos têm sido enfrentados de um modo minimalista e prático, que se resume às questões do consentimento informado para a colheita inicial e, na melhor das hipóteses, para a utilização posterior em vista de novas

transferência e deslocamento de embriões remanescentes da reprodução assistida para outros centros de reprodução ou para seu destino científico, enquanto políticas públicas de apoio aos direitos reprodutivos e ao avanço das biotecnologias no país.

Dada a insuficiência do Código Civil ao categorizar a questão das biotecnologias reprodutivas, inserida exclusivamente no quadro geral da filiação matrimonial frente à complexidade e diversidade de possibilidades, evidencia a inadequação deste modelo codificado e enseja efervescência de projetos de lei com o intuito disciplinar a questão dos limites legais para uma nova tipologia de filiação.

4.4 A legislação constituenda

Nada obstante, os inúmeros projetos de lei surgidos na Câmara dos Deputados entre 1999 e 2006, PL 90/1999, PLC 4665/2001¹⁶⁰, PL 1184/2003¹⁶¹, PLC 2855/1997¹⁶², PL 1135/2003¹⁶³, PL 120/2003¹⁶⁴, PL

finalidades". (Oliveira, G. O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 25, jul./dec. 2006, p. 156).

¹⁶⁰ Ementa: *Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para casais comprovadamente incapazes de ter filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.* Autoria: Lamartine Possella – PMDB/SP.

¹⁶¹ Ementa: *Definindo normas para realização de inseminação artificial e fertilização "in vitro"; proibindo gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem humana.* Autor: Senado Federal.

¹⁶² Ementa: *Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.* Autoria: Confúcio Moura – PMDB/RO.

¹⁶³ Ementa: *Dispõe sobre a reprodução humana assistida.* Autor: José Aristodemo Pinotti PMDB/SP.

¹⁶⁴ Ementa: *Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.* Autoria: Roberto Pessoa – PFL/CE.

2061/2003¹⁶⁵, PL 4686/2004¹⁶⁶, PL 4889/2005¹⁶⁷, PL 5134/2005¹⁶⁸; abordando direta ou indiretamente a reprodução humana assistida, estes restaram arquivados nos termos dos Regimentos Internos das respectivas casas, em decorrência do fim da legislatura parlamentar dos autores das iniciativas legislativas.

Porém, relevantes, dentre as demais proposições da Câmara na legislatura dos anos 2003 a 2007, duas iniciativas. Pela forma diversa de tratamento da questão ao primar pela discussão intermediada por vários setores da sociedade, o requerimento para Audiência Pública (REQ 32, de 20/10/2004, elaborado pela Deputada Jandira Feghali, PCdoB/RJ), no sentido de convocar os representantes do Ministro da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida e do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero/ANIS, para discutir as proposições de lei sobre Reprodução Assistida em tramitação no Congresso Nacional, a qual, entretanto, também restou arquivada¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ementa: *Disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.* Autoria: Maninha – PT/DF.

¹⁶⁶ Ementa: *Introduz ar. 1.597-A à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.* Autoria: José Carlos Araújo – PFL/BA.

¹⁶⁷ Ementa: *Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Assistida.* Autoria: Salvador Zimbaldi – PTB/BA.

¹⁶⁸ Ementa: *Altera a redação do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, e dá outras providências.*

¹⁶⁹ A justificativa apresentada pela então Deputada funda-se na inexistência de lei e nos direitos reprodutivos da mulher: “Infelizmente ainda não há qualquer legislação que regule a reprodução assistida em nosso país”. O procedimento, quando

E, ainda, o requerimento de informação (RIC 2562/2005), da Câmara dos Deputados, proposição do Deputado Durval Orlato (PT/SP) encaminhada ao Ministro da Saúde para que esclarecesse a Casa acerca do uso de embriões criopreservados nas pesquisas de células-tronco, remanescentes do uso das biotecnologias em reprodução assistida, demonstrando o interesse específico dos legisladores acerca do início da vida e a ciência, bem como a inexistência de cadastro nacional sobre os centros de reprodução humana e o número de embriões existentes, situação que perdura até hoje que informaliza e impossibilita o controle do Estado no âmbito da utilização dessas tecnologias reprodutivas¹⁷⁰.

Atualmente, a Câmara dos Deputados apresenta duas proposições, não propriamente sobre a reprodução assistida, mas suas repercussões no que tange aos embriões. Dispõem sobre o Estatuto do Nascituro (PL 479/2007 e o apenso PL 489/2007¹⁷¹), estendendo o conceito de nascituro aos embriões

realizado, segue uma resolução de 1992 do Conselho Federal de Medicina. O jornal "O Correio Braziliense", de 17 de outubro, ouviu especialistas e relata o drama de médicos que, pela falta de uma lei específica, acabam caindo num dilema de consciência ao ter que decidir quem pode ou não se submeter ao procedimento. Pela relevância do tema para milhares de mulheres brasileiras que têm na reprodução assistida a única opção pela maternidade, acredito ser papel desta Comissão promover um amplo debate. Acreditamos que a Câmara dos Deputados deva buscar uma legislação avançada e diante disso, esperamos ver o presente Requerimento aprovado pelo soberano Plenário desta comissão.

¹⁷⁰ Esclarecimento sobre as seguintes indagações, dentre outras: "1 – Quais os nomes e endereços das empresas públicas e/ou privadas, em todo território nacional, que guardam embriões humanos congelados? 2 – Qual a quantidade de embriões humanos existentes até 31 de dezembro de 2004, em cada uma destas empresas citadas no item anterior, com período de congelamento igual ou inferior a três anos?".

¹⁷¹ Autoria de Luiz Bussuma PT/BA e Odair Cunha PT/RJ, respectivamente.

havidos mediante as tecnologias reprodutivas de fertilização *in vitro*, assim dispondo:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único - O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científico e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único - O nascituro goza do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos de personalidade.

Primeiramente, cabe dizer que estes projetos de lei integram os ideários da Frente Parlamentar Contra a Legalização do Aborto – Pelo Direito à Vida, criada em 2007, para combater a legalização do aborto, recebendo o apoio de parlamentares de várias religiões. O projeto atribui ao nascituro direitos da personalidade, considerando o embrião uma pessoa que não poderá ser “objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 5º), dotada de subjetividade que pode ser ofendida, no caso alguém refira-se ao nascituro “com palavras ou expressões manifestamente depreciativas”, poderá sofrer pena de detenção de 1 ano a 6 meses e multa (artigo 26).

A humanização do nascituro tem por consequência a inserção dos embriões extracorpóreos neste campo de debates parlamentares, inclusive para criminalizar condutas já em prática no Brasil, como a criopreservação de

embriões, propondo crime de ação pública incondicionada o ato de “congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação” (artigo 25).

O enfoque destes projetos é a vida humana do nascituro e a proteção que o Estado, a sociedade e a família devem prover, sem contudo interligar essa vida a um projeto parental ou familiar, fazendo que a possibilidade de uma ampla reflexão sobre o tema na sociedade, seja obscurecida pela demonização dos abusos e violações a este princípio maior¹⁷².

A tendência à subjetivação do embrião humano, com existência dentro ou fora do corpo, atribuindo-lhe direitos pessoais e patrimoniais, como, por exemplo, o direito de familiares receberem dupla indenização no caso de acidente com morte da gestante e do nascituro¹⁷³ ou, ainda, a possibilidade do nascituro pleitear indenização, representado por sua mãe, pela morte do genitor¹⁷⁴, encontra-se cada vez mais presente no direito brasileiro, ocorrência que pode indicar a cristalização da compreensão universalizante das relações biológicas de parentesco¹⁷⁵ e do individualismo no Direito, polarizando a problemática entre a vida e a não vida.

¹⁷² Assim justifica o projeto: “A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que o bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que interrompa tamanhas atrocidades”.

¹⁷³ Decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 472276, julgado em 26/06/2003.

¹⁷⁴ Decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 399028, julgado em 26/02/2002.

¹⁷⁵ Luna, Naara. Pessoa e Parentesco nas Novas Tecnologias Reprodutivas. *Estudos Feministas*, 2, 2001, p. 398-399.

A centralidade dos atuais debates parlamentares sobre a reprodução humana em torno do direito dos embriões à vida evidencia não só a tensão ética/religiosa que subjaz às novas tecnologias, como também o domínio do biológico nas relações familiares, acabando por polarizar os conflitos trazidos ao judiciário sob a tese de que a vida é inviolável e começa com a fecundação.

Tal é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3510, de autoria do Procurador-Geral da República, que ataca a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei de Biossegurança¹⁷⁶, por violar o direito à vida do embrião. Em razão da importância da questão para a sociedade, o Supremo Tribunal Federal, antes de apreciar a ação, decidiu submeter o tema à audiência pública, a fim de reunir subsídios técnicos, éticos e jurídicos para fundamentação do acórdão, conclamando a presença de vários segmentos da sociedade civil.

Esse pensamento sobre a questão encerra uma aporia da vida e da morte, que se estende pela compreensão das novas tecnologias reprodutivas,

¹⁷⁶ A ação tramita no Supremo Tribunal Federal desde 2005, a decisão do ministro relator dependerá da realização de audiência pública, aberta à comunidade, dada a relevância do tema na sociedade brasileira, com a participação de cientistas, juristas e representantes da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, do Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, do Centro de Direitos Humanos – CDH e do Conectas Direitos Humanos, dentre outros. Assim pronunciou-se o ministro Carlos Ayres Brito: “Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se torna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u’a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.” (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>).

tornando-se impermeável a outras condicionantes, como fatores sociais, direitos reprodutivos e econômicos¹⁷⁷, e à própria realidade, já que as biotecnologias reprodutivas são usadas no Brasil desde fins dos anos 80.

4.5 O Conselho Federal de Medicina (CFM)

Por fim, no complexo de normas de conduta sobre a questão, cabe destacar a vigência de normas éticas para os procedimentos médicos de reprodução assistida, compreendidas na resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM, Resolução n. 1.358/1992), disciplinando e conceituando sexagem, pré-embriões, oócitos, redução embrionária, preservação da identidade do doador, cessão temporária de útero.

E, conquanto essas normas de conduta sejam vinculativas aos médicos enquanto código de conduta ética para a prática da reprodução assistida, não o são aos usuários que se submetem aos tratamentos de infertilidade, permitindo-lhes discutir sua validade e eficácia, judicialmente, por não se tratarem de legislação estatal.

No que diz respeito aos modelos parentais, a resolução indica aos interessados a possibilidade da constituição familiar monoparental (mulher solteira) ou biparental (mulher casada ou em união estável), ao identificar como usuários “toda mulher” (Item II, n. 1). A destinatária das tecnologias

¹⁷⁷ A exemplo do que Habermas fez ao deslocar o epicentro da polêmica da inviolabilidade da vida para os interesses dos padrões de saúde que os médicos e os pais determinam, instrumentalizando-se “uma vida humana criada sob condição, de acordo com as preferências e orientações axiológicas de terceiros”, dentro de uma lógica de mercado fere-se a igualdade entre as pessoas. (Habermas, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. A Caminho de uma Eugenia Liberal? Coimbra: Almedina, 2006, p. 73).

reprodutivas é a mulher mediante a instrumentalização de seu corpo, submetido às técnicas médicas para procriar.

As dimensões técnicas procuram, dentro do discurso médico, corrigir e aproximar da natureza. É de se notar que aos homens não cabe o direito a buscar, pela técnica, a filiação, de forma a comprometer a naturalização da técnica na idéia de que toda a criança deve ter mãe. E, quando a mulher usuária torna-se receptora de uma doação de gametas masculinos e/ou femininos, procurar-se-á manter semelhança fenotípica com a família destinatária, ao dispor no Item IV, n. 6:

A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade.
Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

Inclusive, as permanências da mimetização da família biológica encontra-se presente na exigência na gestação por substituição, também aqui permanece a idéia de naturalização da técnica (é o útero da mãe que se substitui), dá-se no sentido de que ocorra gratuitamente no âmbito da família, limitada ao parentesco até segundo grau da mãe genética, o que corresponde, na linha reta, à mãe e avós da receptora, e, na linha colateral, às irmãs (Item VII, n. 1). Nesse ponto, pertinente dizer que a construção científica do projeto parental reitera “estereótipos raciais e de gênero, supostamente enraizados nos cromossomos”¹⁷⁸ como discursos da verdade que encontram sustentação

¹⁷⁸ Ramírez-Gálvez, M. C. “Deslocamentos, exclusões e consumo de tecnologias reprodutivas conceptivas”, p. 6. Disponível em: http://www.fazendogenero7.ufsc.br/artigos/M/Martha_Celia_Ramirez_Galvez_43.pdf.

na normalização das condutas médicas no Brasil, presentes nos centros de reprodução públicos e privados.

A gravidez por substituição desestrutura o princípio naturalizado de conexão corpórea entre mãe geradora e mãe jurídica – *mater semper certa est* –, excepcionada tão-somente no caso de adoção enquanto ficção jurídica que desliga a criança da família natural, fato que pode levar à conclusão de uma quebra dos modelos de maternidade instrumentalizada por uma “promiscuidade das técnicas científicas”¹⁷⁹.

Ao impor que a cedente de útero esteja circunscrita no parentesco, estabelecendo um inevitável convívio entre as “mães” prioriza-se a afetividade em detrimento do imperativo técnico, permanecendo a gravidez no âmbito doméstico e privado. E, caso não seja viável, por inexistência de parentes ou de condições, poderá haver autorização para a cessão de útero de outra mulher com proximidade familiar e afetiva¹⁸⁰, garantindo-se vínculos afetivos-biológicos entre as duas “mães”, como simulacro da própria natureza.

E, o sigilo da identidade civil dos doadores de gametas, de embriões e dos receptores (Item IV, ns. 2 e 3), colabora com o modelo familiar consangüíneo, bicategorizado ao admitir um só pai e uma só mãe, pois oferece rigidez à relação estabelecida, muito embora seja discutível juridicamente o direito indisponível ao conhecimento do ascendente biológico enquanto um direito da identidade.

¹⁷⁹ Raposo, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe*. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15.

¹⁸⁰ Parecer do Conselho Federal de Medicina n. 7/2006. (Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2006/7_2006.htm).

Flexibiliza-se a regra quando hábitos culturais não permitem a doação de gametas com semelhança de fenótipo da receptora, as normas éticas têm permitido o conhecimento da pessoa do doador/doadora, geralmente com proximidade familiar¹⁸¹, normalizando o desvio representado pela ovulodoação.

¹⁸¹ Parecer do Conselho Federal de Medicina n. 51/2004. (Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2005/6_2005.htm).

5 DIREITO E HETEROGENEIDADE

Da análise desenvolvida nos capítulos antecedentes evidenciam-se as linhas jurídicas referentes aos novos parâmetros da filiação na era das tecnologias procriativas, que reproduz de um modo geral e nos fundamentos, o sistema familiar fundado na heterossexualidade dos genitores, no princípio biologizante do vínculo filial e de certo “capital doméstico” como permanência da dominação masculina.

O reconhecimento jurídico do uso social das biotecnologias torna-se problemática central para a análise das relações entre o espaço doméstico, a ciência e o direito, especialmente inseridas em um contexto jurídico no qual predomina a orientação positivista e formalista do direito.

A postura jurídica de reafirmação do modelo de família neutro e imune às mudanças comportamentais, mesmo diante de uma cientificidade biotecnológica como meio de realização do desejo de paternidade e maternidade, aprofunda a clivagem entre o mundo social, a aplicação do direito (*law in action*) e o mundo das leis (*law in book*).

Desse paradoxo entre o mundo das relações familiares e o texto legal cabe indagar acerca da normatividade da prática social em referência ao uso da tecnologia dentro das famílias como propulsora de mudanças no direito, ou como são percebidas na concepção jurídica de filiação. Então, cabe indagar se a normatividade das relações familiares alteradas pelo acesso à técnica força novas linhas de compreensão naturalizada e biologizada da parentalidade? O uso da biotecnologia pela sociedade e, especificamente, no campo familiar, poderia resultar em conteúdos emancipatórios, não discriminatórios e inclusivos?

5.1 Os tribunais frente às biotecnologias

Neste item, a temática será apreciada sob o viés dos impactos causados no âmbito da aplicação jurídica (jurisprudência) pelo uso social das biotecnologias, colocando em questão a policentralidade da produção normativa das relações familiares e a compreensão jurídica referente às novas tecnologias reprodutivas, tomando por base o uso da perícia de DNA nas ações versadas sobre a filiação e, na sequência, as novas tecnologias reprodutivas em quadro panorâmico das principais tendências de julgamento realizadas nos tribunais brasileiros.

5.1.1 A reprodução sexuada e o DNA

O exame de DNA apresenta similaridades com as novas tecnologias reprodutivas por ser um incremento do campo científico e tecnológico no jurídico, sendo utilizado neste estudo, por analogia e pela ausência de julgamentos específicos, nos tribunais brasileiros, de casos referentes à filiação proveniente das tecnologias reprodutivas que permitam dar visibilidade à problemática.

A utilização de métodos periciais sangüíneos para a determinação do liame biológico já é de longa data no direito. Partindo de noções de hereditariedade, a perícia hematológica passou por vários estágios: dos grupos sangüíneos A, B, O e AB, aos fatores M, N, Rh e Hr, avançando para o sistema de histocompatibilidade humana (HLA – *Human Leukocytes Antigens*), sobrepondo-se aos tradicionais métodos não-sangüíneos como os das papilas digitais, cor dos olhos, persistência de caracteres teratológicos, incidência de elementos psicossomáticos, exame prosopográfico (ampliação de fotografias do investigador e do investigado, e a justaposição de uma a outra, por cortes

longitudinais e transversais, e a inserção de partes de uma na outra – nariz, orelha, raiz do cabelo).

Porém, as fronteiras entre o direito de família e a ciência sofreu, nos últimos anos, relevante influência das perícias genéticas traçando o perfil de DNA nas ações judiciais versando sobre o estado filial, trazendo importantes mudanças paradigmáticas neste campo e abrindo caminho para a veiculação das informações científicas no espaço das relações parentais e no campo jurídico.

As relações entre ciência e o direito estreitaram-se, a partir de fins dos anos 90, no Brasil, com a introdução no campo probatório das ações de estado filial do exame genético de DNA. Até então, as provas que eram utilizadas nestas ações tinham por marca a incompletude probabilística, sendo comum, nestas lides a prova testemunhal como elemento definidor da convicção do juiz da coincidência da concepção com as relações sexuais entre as partes.

A problemática do DNA nos parâmetros jurídicos de paternidade e maternidade guarda certa conectividade com as novas tecnologias reprodutivas, nada obstante tratar-se de prova utilizada para esclarecimento da filiação havida dentro ou fora do casamento, oriunda da reprodução com base no sexo havido entre os progenitores. Porém, nos diversos tipos possíveis de ação judicial – negatória de paternidade, investigatória de paternidade, anulatória de registro civil, negatória de maternidade – o exame genético do DNA rapidamente tornou-se a expressão inquestionável do liame biológico e da verdade real e jurídica, prevalecente na jurisprudência brasileira.

Em consulta às decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uniformizadoras dos dissensos interpretativos oriundos dos tribunais

estaduais, tem-se a prova genética do DNA como elemento capaz de aferir a paternidade jurídica, mesmo diante da recusa do suposto pai, pois “a recusa injustificada do investigado em submeter-se ao exame de DNA configura forte indício de veracidade das alegações”¹⁸² contidas no processo pelo investigador, caso em que as demais elementos de convicção, testemunhas e documentos, assumem valor probante:

Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual¹⁸³.

A prova genética importa em inabalável persuasão ao julgador do vínculo consangüíneo entre ascendente e descendente, do qual subjaz a certeza da coincidência da concepção com o tempo de relacionamento sexual entre os pais, tal orientação encontra-se na atual Súmula 310, do STJ¹⁸⁴ e no

¹⁸² Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 568026/MG, 3ª. Turma, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 28/09/2004, por votação unânime.

¹⁸³ Recurso Especial 557365/RO, 3ª. Turma, Ministra Relatora Nancy Andriighi, julgado em 07/04/2005, por votação unânime.

¹⁸⁴ Súmula 310, do STJ, de 22/11/2004: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Isto é, gera certeza de paternidade, porém admite prova posterior em contrário (presunção *juris tantum*), por não ser uma certeza absoluta sobre o vínculo biológico, tal como o oriundo do exame pericial do DNA.

artigo 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Por outro lado, há a confiança de que a ciência possa conferir ao julgamento uma certeza jurídica que represente a verdade biológica e real, alinhando-se aos critérios científicos de objetividade, certeza e neutralidade, ao admitir que a prova genética (DNA) é “idônea e eficaz”¹⁸⁵, e que “o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real”¹⁸⁶. A referida substituição de verdades construídas a partir do convencimento do juiz – fundado em perícias genéticas inconclusivas (como o exame HLA¹⁸⁷), prova oral (testemunhas e depoimento pessoas da mãe e do suposto pai) e documental (como: cartas amorosas, fotografias, contratos de aluguel de imóvel residencial do casal, contas conjuntas em bancos etc) acerca do contato sexual havido entre os pais e conseqüente concepção acabam, por ceder espaço ao progresso científico, mudando paradigmas jurídicos falíveis por paradigmas científicos eficazes e credíveis.

5.1.1.1 A aproximação de discursos

As ações judiciais que implicavam a verificação da relação parental, especialmente as de paternidade, para declará-la existente, ou desconstituí-la

¹⁸⁵ Recurso Especial 222445/PR, 4ª. Turma, Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, julgado em 07/03/2002.

¹⁸⁶ Recurso Especial 226436/PR, 4ª. Turma, Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, julgado em 04/02/2002.

¹⁸⁷ Tendência presente nas ações de investigação de paternidade que fundamentaram sua prova pericial no exame de antígenos leucocitários (HLA) de ser tido como rejeitado o valor absoluto do resultado, motivando novas ações judiciais com pedido de perícia com base no DNA, hoje tido como altamente confiável e seguro por todas as instâncias do Judiciário, como prova científica indiscutível para averiguar o laço biológico.

quando já estabelecida, tiverem com o DNA uma fundamentação científica irrefutável, que inovou os pressupostos da jurisprudência acerca dessas questões.

O uso da perícia genética de DNA nos tribunais brasileiros deu-se em larga escala nos estados que propiciaram a gratuidade do exame¹⁸⁸, notadamente no Estado de São Paulo através do Instituto de Medicina Social e de Criminologia – IMESC¹⁸⁹, demonstrando um alto grau de permeabilidade e heteronomia do direito frente às interferências da ciência biológica na aferição da verdade parental¹⁹⁰. Tal realidade faz parte da grande maioria dos estados brasileiros e facilitação da coleta do exame torna-se um passo importante para a proteção ao acesso à Justiça. Mostra disso, em Santa Catarina, neste ano de 2007, os exames gratuitos passaram a ter material colhido dentro dos próprios

¹⁸⁸ Órgão vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, foi instituído em 1970, por meio do Decreto-lei 237. Desde 2001, com a entrada em vigência da Lei Federal n. 10.317, garantiu-se a gratuidade dos exames de DNA às pessoas amparadas pela assistência judiciária gratuita, nas ações de investigação de paternidade e de maternidade.

¹⁸⁹ Com destaque ao IMESC, que a partir de 2000, por decreto legislativo (Decreto n. 44.336/1999) passou a realizar perícia dos perfis genéticos do DNA em ações de investigação de paternidade, gratuitamente para as pessoas que declararem impossibilidade financeira para o pagamento do exame e o solicitarem judicialmente. Segundo fontes de pesquisa do IMESC, as perícias utilizando o método do DNA triplicaram de 2000 para 2006, passando de 4.685 laudos para 11.710, representando um importante referencial da ampliação do uso desses exames nas ações de estado filial. É de se mencionar também que concorrentes ao órgão público, laboratórios particulares realizam a perícia, popularizando-a com custos cada vez mais reduzidos.

¹⁹⁰ Bourdieu, P. *Os Usos Sociais da Ciência*. Por uma sociologia clínica do campo científico, p. 20-24.

fóruns de 110 comarcas catarinenses, permitindo rápida via às partes interessadas.

O acelerado incremento do DNA na matéria de prova da filiação ilustra a denominada “isomorfização” entre o direito e a ciência, operada pela inter-relação da “moral-prática do direito à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, através de experiências simbólicas de fusão e de configurações de sentido que combinam de modo complexo elementos da ciência, do direito e do senso-comum”¹⁹¹.

Soma-se a isso a interação entre o discurso jurídico, na perspectiva positivista da neutralidade, e o discurso científico, no qual o isomorfismo com a ciência biológica dá o suporte às decisões judiciais, promovendo o nível de visibilidade e credibilidade da Justiça perante ao usuário desse serviço, nestes casos¹⁹².

As premissas da parentalidade construídas pelo direito brasileiro fundadas na díade “filiação havida dentro do casamento” e “filiação havida fora do casamento”, sofre mudanças diante da certeza técnica/biológica do DNA, na medida em que juridicamente o casamento legitimava, por si só, a filiação advinda dele, sob a presunção de paternidade e, estando fora dele, as relações afetivas e persuasivas entre as partes, conduzia ao reconhecimento. A autonomia das regras jurídicas ao ditar tais premissas configurava por si a

¹⁹¹ Costa, Suzana; Machado, Helena Cristina; Nunes, João Arriscado. O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos. Gonçalves, Maria Eduarda (org.). *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Dom Quixote/Observatório das Ciências e das Tecnologias, 2002, p. 202.

¹⁹² Machado, Helena. “Dilemas e paradoxos da *cientifização* da justiça em Portugal – o caso dos perfis genéticos de ADN”. *Fórum Manifesto – Centro de Estudos Sociais e Políticos*. Justiça: olhares sobre a cegueira, n. 7, 2004, p. 66.

verdade na filiação, pressupondo o liame biológico entre as partes e assegurando estabilidade legal ao núcleo familiar.

Na última década, porém, a tecnologia biológica do DNA permite a quebra desse engessamento jurídico da parentalidade, sendo a credibilidade da ciência o fator desestabilizador do modelo jurídico, sob um duplo viés: do reconhecimento e da negação.

Do primeiro, aos filhos tidos fora da conjugalidade matrimonial dá-se amplo acesso ao direito de buscar a ascendência biológica¹⁹³, como o exercício de um direito fundamental ligado à personalidade, à identidade e à subjetividade que não prescreve com o tempo. Essas ações de investigação de

¹⁹³ A evolução legislativa mostra esse percurso de direito à busca do ascendente biológico como uma condição de cidadania. A redação original contida no Código Civil de 1916, vedava expressamente a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, caso os pais tivessem impedimento para se casar, no caso dos então denominados filhos adulterinos e incestuosos. Somente os filhos naturais, sem registro e sem impedimento legal dos pais para o ato do casamento, podiam ter acesso à justiça para propor ação de investigação de paternidade ou serem reconhecidos voluntariamente pelos genitores. Em 1942, o Decreto Lei n. 4.737, permitiu esse reconhecimento dos adulterinos, após o desquite do genitor adúltero. A Lei n. 883/49, permitiu o reconhecimento em todos os casos de dissolução de sociedade conjugal, como anulação de casamento e a morte. Em 1977, a Lei do Divórcio prevê a hipótese de reconhecimento da filiação por pessoa casada, desde que por testamento cerrado, além de igualar os direitos sucessórios entre todos os filhos biológicos. A Lei n. 7.250/84, possibilita o reconhecimento caso o genitor esteja casado, mas separado de fato há mais de cinco anos ininterruptos. Apenas com a Constituição Federal de 1988, deu-se a isonomia jurídica plena entre os filhos, seguindo-se os princípios e direitos fundamentais da criança e do adolescente dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e, especificamente, pela Lei n. 8.560/92 que disciplinou a investigação da paternidade e introduziu, no ordenamento brasileiro, a averiguação oficiosa da paternidade, promovida pelo Estado, quando não há registro da paternidade, além das formas voluntária e forçada de reconhecimento.

paternidade e, em muito menor escala, de maternidade, têm em contrapartida a idéia do pai-provedor como um ideal juridicamente a ser buscado, mas de fato não garantido.

O segundo, num sentido inverso, do pai contra o filho jurídico, a contestação da paternidade quer para os filhos tidos no casamento ou fora do casamento, solapa, com a credibilidade do DNA, a verdade juridicamente posta e constituída, com a primazia da biologização das relações parentais em detrimento dos vínculos afetivos e sociais da construção da parentalidade¹⁹⁴, na medida em que “Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA”¹⁹⁵.

Ou seja, cabe ao direito dizer sobre a filiação a verdade cientificamente comprovada pelo DNA, por ser a anterior, ficticiamente construída na relação de parentalidade.

Mantêm-se numa e noutra situação o que lhes é essencial: o princípio da biologização das famílias. O uso do exame dos perfis de DNA torna concreto uma normalização da parentalidade, já que “a prova do parentesco existe no

¹⁹⁴ Crítica apontada, dentre outros, por Cláudia Fonseca, que desenvolve a idéia de que o DNA promove profundas alterações na base do parentesco, como “uma certeza técnica/biológica que pretende resolver dúvidas em torno de uma relação que é eminentemente social – a paternidade”, mas que ao garantir isso, acaba por aumentar “a dúvida que pretende sanar”. (“A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA”, *Estudos Feministas*, 12(2), maio-agosto/2004, p. 13-14).

¹⁹⁵ STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 878954/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07/05/2007, por votação unânime.

interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”¹⁹⁶.

Nos tribunais, a *law in action* permite a reiteração dos discursos jurídico e científico na construção das relações parentais ao exteriorizar as representações da família nuclear e consangüínea, com regras regulatórias discursivas da sexualidade continuamente repetidas e materializadas¹⁹⁷ a verdade sobre um modelo profundamente enraizado em nossa cultura jurídica¹⁹⁸. Neste nível de análise, o direito de família mesmo que consentâneo aos direitos humanos de igualdade e dignidade permitindo novos espaços para o amplo reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento¹⁹⁹, ainda afirma o postulado biológico das famílias revestido de certeza irrefutável.

¹⁹⁶ STJ, Segunda Seção, Recurso Especial n. 300084/GO, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 28/04/2004, por votação unânime.

¹⁹⁷ Butler, Judith. “Corpos que pensam: sobre os limites discursivos do sexo”. Louro, Guacira Lopes. O Corpo Educado: pedagogias da sexualidade, 1999, p. 156.

¹⁹⁸ Uma cultura marcada predominantemente pela solução litigiosa dos conflitos, sendo usada a expressão no sentido apresentado por Boaventura de Souza Santos, como sendo o “conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania.” (Santos, B.S.; Marques, M.M.L.; Pedroso, J.; Ferreira, P.L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. O caso português. Porto: Afrontamento, 1996, p. 42).

¹⁹⁹ Como, por exemplo, flexibilizar a coisa julgada nas ações já transitadas em julgado nas quais se deu a exclusão da paternidade por insuficiência probatória, permitindo a propositura de nova ação de investigação de paternidade entre as mesmas partes, utilizando como perícia o exame de DNA, permitindo o acesso ao direito de conhecer os ascendentes biológicos por qualquer pessoa, a qualquer

Neste ponto pode-se dizer que o direito encontra-se em subordinação simbólica à ciência, com “redução da incerteza e da subjetividade”²⁰⁰, ditando verdades uniformizadoras sobre a relação pai e filho, reduzidas ao liame biológico e natural.

5.1.1.2 O dualismo na parentalidade

Num segundo nível de análise, concomitante a esse reforço do parentesco consangüíneo, o uso da técnica do DNA no campo probatório das ações que versavam sobre o estado filial de uma pessoa, permitiu dissolvê-lo, gerando no campo jurídico novos modelos de reconhecimento do estado filial, fundado na relação social e afetiva, polarizando o direito de família e introduzindo concretamente uma dupla concepção de parentalidade: biológica e não-biológica, diferente da adoção legalmente prevista por decorrer da autodeterminação em escolher a filiação ultrapassando as fronteiras do direito monopolizado pelo Estado, independentemente da existência de conjugalidade heterossexual entre os progenitores.

Decisão exemplar a respeito, por dar visibilidade à questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁰¹, a apreciação de uma ação que tinha por objeto a declaração de inexistência de parentesco entre pai e filha, reconhecida

tempo. Sobre a questão, dentre outros, o excelente artigo de Maria Berenice Dias, “Investigação de paternidade e a questão da prova”, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=23> (Acesso em 29/11/2007).

²⁰⁰ Machado, H. “Dilemas e paradoxos da *cientifização* da justiça em Portugal – o caso dos perfis genéticos de ADN”, p. 61.

²⁰¹ Órgão do Poder Judiciário que zela pela uniformização, vigência e interpretação da legislação civil (artigo 105, da Constituição Federal), hierarquicamente acima dos Tribunais estaduais, ao qual pode a parte que se sentir prejudicada em seu direito recorrer para discutir, dentre outras matérias, a inadequada aplicação, pelas instâncias inferiores, das normas relativas à família e à filiação.

voluntariamente pouco antes do falecimento do pai que a registrou, ciente de que não era sua filha biológica, por ação de investigação de paternidade anterior que excluiu a consangüinidade entre as partes.

O objeto da decisão toma por base a atual doutrina, legislação e jurisprudência que com “o desenvolvimento tecnológico jogaram novas luzes”²⁰² sobre a compreensão jurídica da filiação, a partir do par biológico/não-biológico. Aos filhos biológicos, os efeitos jurídicos da parentalidade advém deste fato natural que liga ascendente e descendente, com a exceção de perda do poder familiar, permitindo a adoção.

Aos segundos, dá-se a construção social do parentesco em linha reta, mediante adoção, disciplinada por lei – pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil – ou por intermédio da “posse de estado de filho”, da “adoção à brasileira” e, ainda, da denominada “paternidade sócio-afetiva”.

Todos essas situações pressupõem um consenso estabelecido no mais das vezes entre genitor registral (não-biológico), mãe biológica e filho biológico da mãe (sem pai biológico assentado civilmente), que, estabelecem juridicamente, pelo registro civil, a biparentalidade por ato de vontade e à burla da lei, como se fosse pai biológico.

Esse “consenso familiar” para a autodeterminação, tem repercutido nos tribunais como válido, quando provado o estabelecimento voluntário da parentalidade registral e a convivência afetiva entre as partes,

²⁰² STJ, Recurso Especial n. 878941/DF, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 21/08/2007, por votação unânime.

independentemente da falsa declaração de vínculo consanguíneo perante o registro civil, pois

se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato. Tomar como falsa a declaração de paternidade que não coincide com testes biológicos, sem maiores ponderações, é ver a realidade sob o prisma estritamente tecnicista, voltando-se as costas ao que interessa de fato para que as pessoas existam dignamente²⁰³.

Mas, por outro lado, em havendo “dissenso entre pais e filhos”, a solução será outra, pois “a jurisprudência tem tratado como ‘verdadeiro’ o vínculo sanguíneo de parentesco”, com o suporte do exame de DNA para aclarar a situação. O tribunal resume a posição nos seguintes termos:

Onde há dissociação entre as verdades biológica e sócio-efetiva, o direito haverá de optar por uma ou outra. Como visto, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico naquelas circunstâncias em que a paternidade sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

A normatividade própria das relações concretas de parentesco, vivenciadas nas famílias, repercute na autonomia do campo jurídico em validar

²⁰³ Trecho da decisão mencionada.

esses fatos concretos, não-consagüíneos, reiteradamente discutidos no Judiciário com base na perícia genética do DNA.

Na atualidade, o princípio biológico da filiação ainda prepondera para todos os casos de parentalidade, tornando-o tão-somente afastável quando a sua “falta” torna-se completada pela vontade vinculante do genitor não-biológico, que ciente dela, estabelece relações de paternagem. O uso generalizado da perícia de DNA, na Justiça, traz à tona a normatividade imanente desta manifestação de vontade expressa em “consenso familiar”, de práticas sociais anteriormente invisíveis ao direito ou que não podiam ser cabalmente provadas e, nesse sentido, introduz um elemento exógeno com normatividade própria dentro dos limites jurídicos das relações de parentesco. Dispõe o artigo 1.593 do Código Civil que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, entendendo-se por outra origem a adoção, tradicionalmente assim interpretada pelas doutrinas civis (Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, dentre outros), podendo, a outra origem estender-se também à inseminação artificial heteróloga²⁰⁴.

Recentes doutrinas têm evidenciado nova forma de parentesco reconhecido pelo Judiciário, à margem da legislação. Nesse sentido merece destaque, no Brasil, a de Fachin, para o qual “a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-

²⁰⁴ Glanz, Semy. *A Família Mutante*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 525.

afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social”²⁰⁵.

Esse dualismo entre verdade biológica e verdade sociológica, acirrado com os testes genéticos de DNA no campo do Judiciário, faz parte de uma tradição jurídica já presente na França desde a década de 70, com a legislação sobre a posse de estado²⁰⁶, concomitante com a consangüínea²⁰⁷: “Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état”²⁰⁸ (artigo 334-9, do Código Civil francês).

No Brasil, a posse de estado existente no Código Civil de 1916, dizia respeito à filiação havida na constância do casamento, quando não havia ou era defeituoso o termo de nascimento, expressando-se a posse de estado de filho pelo uso do nome da pessoa a que atribui a paternidade (*nomen*), o trato como filho (*tractatus*) e o reconhecimento público do estado filial (*fama*)²⁰⁹.

²⁰⁵ Fachin, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 169.

²⁰⁶ A posse de estado dentro do sistema francês convive tanto no âmbito da filiação matrimonial quanto na extramatrimonial, disciplinada com a Lei n. 72-3/1972.

²⁰⁷ Nicolau, Gilda. *L'influence des progrès de la genétique sur le droit de la filiation*. Bordeaux: Université de Bordeaux III, 1991, p. 91.

²⁰⁸ Tradução livre: “Todo o reconhecimento é nulo, toda a demanda em investigar é irrecebível, quando a criança tem uma filiação legítima já estabelecida pela posse de estado”.

²⁰⁹ Miranda, Pontes de. *Tratado de Direito de família*. Volume III. Parentesco. Campinas: Bookseller, 2001, p. 71.

De igual modo o Código Civil de 2002 aborda o instituto (artigo 1.605), também no âmbito da filiação matrimonial, nos termos da lei anterior, sem inovar a matéria²¹⁰.

Esses dispositivos legais apóiam-se na presunção *pater is est* e têm por pressuposto o parentesco consangüíneo, fato que não descarta a existência concreta, no plano social, das relações de posse de estado sem esse liame que permaneciam veladas sob o manto da família e do casamento entre os pais.

Contudo, o estado filial sociológico contraposto ao biológico ainda sofre o peso do sistema legislativo que materializa o modelo consangüíneo como preponderante das relações de parentesco, garantido pelo Estado. E, somente no Judiciário, quando há conflito de interesses, tem-se admitido o fato social em detrimento do biológico, em situações muito específicas acima descritas.

É de se observar que a vontade paterna, especialmente em situação de conjugalidade com a mãe da criança, que prepondera nas situações de posse de estado e essa intenção manifesta de constituir vínculos com a criança que será objeto de prova na justiça.

Cabe mencionar que projeto de lei denominado Estatuto das Famílias²¹¹, pretende dar o mesmo entendimento da legislação francesa no sentido da

²¹⁰ Recente estudo sobre o assunto revela essa ausência legal como uma insuficiência do direito brasileiro diante destas situações concretas, demonstrando a necessidade de reformas legislativas para se reconhecer o afeto como um valor jurídico nas relações de parentalidade: Nogueira, Jaqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

posse de estado impedir o ajuizamento de ação judicial, justificando que: “Nenhuma impugnação deve prevalecer quando se constatar a existência de posse de estado da filiação, consolidada na convivência familiar duradoura”, tanto por parte do filho²¹², quanto dos pais²¹³.

Contudo, na era das tecnologias genéticas contextualizadas nas ações judiciais brasileiras, a sexualidade e a procriação continuam sob a normatividade centralizada do Estado, na legislação e na jurisprudência, observando-se que no modo como a filiação sociojurídica repercute no jurídico permanece a matiz da dominação masculina nesta matéria, pois a vontade

²¹¹ Trata-se do Projeto de Lei n. 2.285/2007, elaborado por juristas do Instituto Brasileiro de Direito de família (IBDFAM), que procura dar autonomia legislativa ao direito de família, como legislação especial extravagante ao Código Civil de 2002, que teria, com a aprovação, os artigos referentes a essa parte, revogados. Este projeto tem acompanhamento do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT – BA) e está em trâmite na Câmara dos Deputados desde outubro deste ano, encontrando-se atualmente sob a relatoria da Deputada Rita Camata (PMDB – ES), na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF). Para a leitura da íntegra do projeto de lei, consultar o endereço eletrônico da Câmara, disponível em: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2007&Numero=2285&sigla=PL (Acesso em: 22/11/2007)

²¹² Assim dispõe o artigo 74, do Estatuto: “O filho registrado ou reconhecido pode impugnar a paternidade, desde que não caracterizada a posse do estado de filho em relação àquele que o registrou ou o reconheceu.

Parágrafo único. O filho maior não pode ser registrado ou reconhecido voluntariamente sem o seu consentimento.”

²¹³ Artigo 76: “Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil.

.....
§ 2º Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade:

I – em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude;

II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho.”

paterna de estabelecer família repete as mais antigas raízes de nosso direito²¹⁴, como meio de controle da sexualidade e do comportamento procriativo das mulheres, especialmente na descendência fora do casamento.

Ser pai sócio-afetivo passa pela vontade de estabelecer vínculos permanentes e contínuos, já que o direito não “pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo”. Caberá a esse pai discutir essa relação judicialmente, alegando erro e desconhecimento no ato do registro, imputando à mãe a culpa desse engano²¹⁵, apoiado no DNA. Os tribunais ao analisar essa vontade do marido ou companheiro em ser enganado pela retórica da mulher, acaba por “deixar intacta a racionalidade objectiva do ‘masculino’, que confere à *sua* ciência [no caso, a perícia de DNA] a última

²¹⁴ Na redação original do Projeto do Código Civil de 1916 elaborado em fins do século XIX por Clóvis Beviláqua, a posse de estado permitia ao filho havido fora do casamento (então denominado ilegítimo) pleitear a paternidade, dispositivo que peremptoriamente foi afastado no processo legislativo e desapareceu da versão final do Código, por se entender que o legislador que não podia se sobrepor à vontade paterna, que por motivos íntimos, não desejava reconhecer o próprio filho: “não compreende como o legislador póde ter mais amor paterno do que este homem, como é que a lei póde se substituir a este caso individual, em que sem egoismo, sem delicto, deixa-se de reconhecer o filho” (Faria, Soares de. *Investigação da paternidade ilegítima*. Estudo teórico e prático do art. 365 do Código Civil brasileiro. São Paulo, Casa Mayença, 1919, p. 13.)

²¹⁵ A legislação permite essa discussão por parte do genitor, tanto para os filhos havidos no casamento (artigo 1.601, do Código Civil: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher sendo a ação imprescritível”), quanto aos havidos fora do casamento. Se no primeiro, o reconhecimento é automático, por lei, em decorrência do princípio *pater is est*, nas relações afetivas fora do casamento, o reconhecimento é voluntário e irrevogável (artigo 1.609), à exceção das hipóteses de erro, dolo ou coação no momento de manifestação da vontade.

palavra”²¹⁶, materializando, ao regular a matéria, a concepção tradicional de paternidade biológica, autodeterminação masculina em fixar a paternidade não-biológica e o controle da sexualidade/procriação da mulher.

Os tribunais têm atribuído ao pai esse direito ao centrar a análise das ações no fato de existir ou não concretamente o vínculo afetivo, de tal forma que se por uma lado a perícia de DNA permitiu revelar relações de parentalidade não-biológicas que permaneciam invisíveis ao direito, sobrelevando o fato social na paternidade, de outro, os usos da ciência nos tribunais revela mecanismos sem neutralidade ao tratar de conflitos relativos às questões de gênero²¹⁷, resumindo que “talvez mais importante do que esclarecer a verdade biológica da paternidade seja manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai”²¹⁸, legitimidade esta que repousa na vontade externada, como fato social a ser averiguado judicialmente, contendo uma normatividade própria.

5.1.1.3 DNA e gênero

Entretanto, a prática judicial referente à busca da paternidade feita pelo filho contra o suposto pai, dá-se com perfeita isomorfização com o uso do exame de DNA, na busca da verdade biológica. E nesse campo vasto, uma questão merece destaque: a condição da sexualidade da mulher, na filiação extramatrimonial.

²¹⁶ Ramalho, Maria Irene. “Os estudos sobre as mulheres e o saber”. *Ex Aequo*. Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres. Oeiras: Celta, n. 5, 2001, p. 114.

²¹⁷ Machado, H. “Dilemas e paradoxos da *cientifização* da justiça em Portugal – o caso dos perfis genéticos de ADN”, p. 62.

²¹⁸ STJ, 4ª. Turma, RESP 440394/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25/11/2003, por votação unânime.

Em matéria probatória, esse tipo de litígio classicamente repousava sobre um sistema de presunções legais que conduzia o convencimento do juiz à exclusão ou inserção da paternidade, baseado em provas testemunhais e genéticas não conclusivas.

Dentre os requisitos jurídicos para a colocação deste tipo de ação, presente no artigo 363, do Código Civil de 1916, vigente até janeiro de 2003, na oportunidade que foi revogado pelo Código de 2002, tem-se a prova da existência de relações sexuais entre a genitora e o suposto pai. Até meados da décadas 80 e 90, era freqüente a utilização de defesa fundada na *exceptio plurium concubentium*, ou seja, a ausência exclusividade de relacionamento sexual da mãe do investigante com o investigado (suposto pai), à época da concepção, esteava-se nas provas testemunhais, a demonstrar a pluralidade de contatos sexuais da genitora, sendo comum os juízes afirmarem que

Da análise dos autos, observa-se que a representante do autor [mãe da criança] não conseguiu provar o concubinato alegado, nem tampouco as relações sexuais exclusivas à época da concepção do autor, já que o conjunto probatório aponta no sentido de que **a genitora do menor, por ocasião de sua gravidez, mantinha relações sexuais com vários homens, por dedicar-se ao comércio sexual**²¹⁹.

O cerne da prova resumia-se no julgamento o comportamento da mulher fora do casamento²²⁰, referente à sua “fidelidade”, “comportamento recatado” e

²¹⁹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª. Turma Cível, Apelação Cível 248621, julgado em 23/10/95, por votação unânime. Grifo meu.

²²⁰ Rolf Madaleno sublinha a importância da introdução das provas científicas na seara da investigatória de paternidade em detrimento de outros meios probatórios que visavam desmoralizar a conduta da genitora do investigante: “A tudo deve ser

“honesto”, reafirmando relações de poder no que respeita às relações de gênero.

Com o DNA presente no meio probatório, embora não desaparecendo esse tipo de defesa, os tribunais passaram a tratar do tema científica e objetivamente, ou seja, uma vez existindo liame biológico, dá-se a paternidade, mesmo diante deste tipo de defesa intrínseca às investigatórias, como consta dessa decisão:

A **exceptio plurium concubentium** alegada pelo réu com relação a S. restou espancada diante do resultado da prova pericial. Mesmo que tenha havido o relacionamento íntimo com outro homem – ou até com outros homens – o certo é que o réu é o pai biológico da autora.

Assim, o cabal esclarecimento do liame biológico foi possível com a realização do exame hematológico determinado, feito pelo método do DNA, que aponta com absoluta segurança a relação parental, já que a **probabilidade positiva** foi de 99,999%, espancando a possível dúvida que

acrescido o avanço da ciência médica, que no campo da genética desenvolveu os testes de paternidade pelo exame direto do DNA, deitando por terra toda uma repetitiva tradição de respostas apresentadas na contestação judicial, como a negativa das relações sexuais, a não coincidência destas relações com o período da concepção e, a preferida defesa, a pluralidade de relacionamentos sexuais atribuídos à mãe do investigante ao tempo da sua concepção, colocando em constrangedora dúvida a fidelidade e a moralidade daquela mulher que deu à luz ao autor de investigação.” (“A sacralização da presunção na investigação de paternidade”. *Revista dos Tribunais*, Ano 88, agosto/1999, p. 71).

pudesse existir acerca do liame biológico, já que o réu alegou a **exceptio plurium concubentium**²²¹.

O uso do DNA como método para a averiguação da parentalidade implica no nível de padrão de consumo da justiça, como uma oferta efetiva da tutela judicial diante de uma procura efetiva²²², marcando o padrão de litigiosidade e acesso à justiça dentro do campo da família. A complexidade do acesso à Justiça, contudo, não se resume na litigiosidade, que implica na solução judicial dos conflitos. Há uma margem de situações que são resolvidas consensualmente entre as partes envolvidas, além de outras que permanecem na inércia, sem obrigatoriedade legal, além da alta margem de sub-registros de nascimentos²²³, demonstrando um fator importante de exclusão jurídica e de responsabilidade exclusiva da genitora na maternagem.

5.1.2 A reprodução assexuada e as novas tecnologias

Uma das mais notórios campos de extensão da parentalidade, com o uso das novas tecnologias reprodutivas, dá-se com a homoparentalidade e a pluriparentalidade. À forte oposição, especialmente travada pela Igreja Católica em documento elaborado em 2003 (“Considerações sobre os projectos de

²²¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70003118858, julgada em 22/10/2003, por unanimidade de votos.

²²² Santos, B. S. *et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, p. 41.

²²³ Somam-se a isso os altos índices de sub-registros de nascimentos no Brasil advindos das estatísticas IBGE/2004 sobre o Registro Civil, pessoas que não têm *status* de cidadão sem notificação dos cartórios de Registro Civil, destacando-se, no ano de 2004, dentre os Estados com maior índice de sub-registro, o Amazonas (41,4%), seguido do Pará (37,6%) e Maranhão (35%), unidades da federação que apresentam os maiores percentuais de nascimentos das mulheres adolescentes e jovens menores de 20 anos. As informações de assentamento de nascimentos com níveis mais baixos de sub-registro foram Mato Grosso do Sul (4,7%), São Paulo (4,6%) e Distrito Federal (0,6%).

reconhecimento legal da união entre pessoas homossexuais”), o direito oferece uma resposta claudicante, deixando de atender, com uniformidade, e tutelar esses direitos, nomeadamente os sucedâneos do Direito de Família.

Da denominada lei moral natural, defluem verdades voltadas ao bem comum que constroem a base da família fundada no casamento enquanto uma complementaridade entre os sexos. Expressão de valores fundamentais que fazem parte do patrimônio comum da humanidade, por simbolizar o ato do Criador baseado no “Sede fecundos e multiplicai-vos” ou ainda “O homem deixará seu pai e sua mãe e unir-se-á à sua mulher e os dois tornar-se-ão uma só carne”, a composição do binômio lei positiva e lei moral, mostra-se conflituosa e incerta no direito pátrio.

Porém, o tema paulatinamente torna-se pauta do Estado brasileiro, coordenando ações que perpassam o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II, 2002) no que diz respeito aos gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais (GLTTB),²²⁴ nada obstante esse programa estar afastado da

²²⁴ Assim dispõe o PNDH II, sobre o direito dos Gays, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais – GLTTB:

“240. Promover a coleta e a divulgação de informações estatísticas sobre a situação sócio-demográfica dos GLTTB, assim como pesquisas que tenham como objeto as situações de violência e discriminação praticadas em razão de orientação sexual.

241. Implementar programas de prevenção e combate à violência contra os GLTTB, incluindo campanhas de esclarecimento e divulgação de informações relativas à legislação que garante seus direitos.

242. Apoiar programas de capacitação de profissionais de educação, policiais, juízes e operadores do direito em geral para promover a compreensão e a consciência ética sobre as diferenças individuais e a eliminação dos estereótipos depreciativos com relação aos GLTTB.

realidade social, mesmo porque existem atualmente no legislativo federal poucos projetos de lei que versem sobre a matéria.

Dentre eles, o pioneirismo do Projecto de Lei (PL) 1151/1995, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que pretende disciplinar a união civil de pessoas do mesmo sexo. Retirado de pauta de votação desde 2001 até 2007, procura disciplinar as seguintes matérias relativas, em sua maioria, à questões de ordem patrimonial entre os conviventes: impenhorabilidade do bem de família (L. 8.009/90) (art. 9º), direito sucessório (art. 13), benefícios previdenciários (art. 10), seguro-saúde conjunto (at. 16), declaração conjunta de Imposto de Renda (art. 17), direito à nacionalidade (art. 15), renda conjunta para a compra de imóveis (art. 16).

243. Inserir, nos programas de formação de agentes de segurança pública e operadores do direito, o tema da livre orientação sexual.

244. Apoiar a criação de instâncias especializadas de atendimento a casos de discriminação e violência contra GLTTB no Poder Judiciário, no Ministério Público e no sistema de segurança pública.

245. Estimular a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas para a promoção social e econômica da comunidade GLTTB.

246. Incentivar programas de orientação familiar e escolar para a resolução de conflitos relacionados à livre orientação sexual, com o objetivo de prevenir atitudes hostis e violentas.

247. Estimular a inclusão, em programas de direitos humanos estaduais e municipais, da defesa da livre orientação sexual e da cidadania dos GLTTB.

248. Promover campanha junto aos profissionais da saúde e do direito para o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade GLTTB.

249. Promover a sensibilização dos profissionais de comunicação para a questão dos direitos dos GLTTB.”

Contudo, referido projeto de união civil não resvala no direito de família, na medida em que não dispõe sobre o *status familiae*, uso do sobrenome, adoção, tutela, guarda e alimentos.

Para se ter uma idéia do contexto internacional, o reconhecimento pelo Estado das uniões entre gays e lésbicas apresentam graus de proximidade com os direitos de família, com variações nos diversos países. A Holanda (2001), a Espanha (2005), a Bélgica (2003) e o Canadá (2005) reconhecem a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como os direitos à parentalidade homossexual.

Na França, o PaCS (Pacto Civil de Solidariedade), de 1999, não reconhece igualdade com o casamento e o direito à filiação, colocando as relações homossexuais em situação de inferioridade jurídica, o que leva à emergência social da parentalidade homossexual, com mulheres “lésbicas a fazer inseminação artificial em hospitais belgas, espanhóis ou ingleses, e muitos casais *gays* franceses têm assinado contratos de maternidade de aluguel do outro lado do Atlântico a fim de concretizarem um projeto de paternidade”²²⁵

Voltando ao Brasil, mais recentemente, o PL 580/2007 faz menção à alteração do Código Civil de 2002, a fim de introduzir o denominado “Contrato de União Homoafetiva”, passando, contudo, a integrar o direito das obrigações no âmbito dos contratos típicos, nestes termos:

²²⁵ Borrillo, Daniel. “O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional”, 175-211. Loyola, M. A. (org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005, p. 196.

Art. 839-A. Duas pessoas do mesmo sexo poderão constituir união homoafetiva por meio de contrato em que disponham sobre suas relações patrimoniais.

Parágrafo único. É assegurado, no juízo cível, o segredo de justiça em processos relativos a cláusulas do contrato de união homoafetiva.

E, ainda, prevê direitos sucessórios entre os companheiros homossexuais, nos termos do art. 1.790, do Código Civil, que aborda direitos sucessórios na união estável. Ainda dentro dos direitos patrimoniais, as questões previdenciárias entre companheiros encontram-se no PL 6297/2005, colocando o(a) companheiro(a) homossexual a condição de dependência junto ao(a) companheiro(a) segurado(a) do Instituto Nacional de Serviço Social (INSS) ou servidor público da União.

Ademais, cumpre destacar o Projeto de Emenda Constitucional 392/2005, apenso ao 66/2003, que objetiva alterar redação do texto constitucional, fazendo menção expressa, dentre os direitos fundamentais, do direito à orientação sexual (art. 7º, XXX e art. 3º, IV) e, na legislação infra-constitucional, dos PL 5003/2001, 4243/2004 e 5/2003 que propõem punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.

Desse apanhado normativo, clarifica-se o pouco que a sociedade caminhou na consecução desses direitos, colocando-os na ordem de questões patrimoniais, mas cindindo a pessoa, juridicamente, de sua esfera íntima, privada e afetiva, por não reconhecer direitos atinentes à família para esse grupo minoritário. Atual ainda Foucault ao defender, há três décadas, que as questões de orientação sexual “são problemas referentes à inserção e ao

reconhecimento – nos planos jurídico e social – de relações diferentes entre indivíduos que é necessário abordar”²²⁶.

Nesse sentido, a hierarquização e discriminação legal das uniões homoafetivas e de suas conseqüências no plano dos direitos de famílias representam formas resistência do modelo bicategorizado e da ordem simbólica vigente²²⁷, sendo que

as resistências à aceitação de famílias formadas por homossexuais relacionam-se ao fato de que o movimento – e mais, a simples existência – de gays e lésbicas desafia estruturas milenares a partir das quais as sociedades humanas foram construídas, como a repressão sexual e a heterossexualidade compulsória. De uma maneira geral, as demandas de gays e lésbicas pelo reconhecimento de seus vínculos afetivo-sexuais como de ordem familiar não negam a diferença sexual, entre o masculino e o feminino, mas sua consideração como o único fundamento do desejo, da sexualidade e da família²²⁸.

E, especificamente, o “Estatuto das Famílias” mantém as linhas gerais do paradigma dominante da bicategorização heterossexual da parentalidade, pretendendo, porém, reconhecer o direito de paternidade e maternidade do casal homossexual, bem como a filiação socioafetiva como elemento de

²²⁶ Foucault, M. *Um Diálogo sobre os Prazeres do Sexo. Nietzsche, Freud e Marx. Theatrum Philosophicum*. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p.17.

²²⁷ Como permanências do capital simbólico doméstico. Bourdieu, P. *Dominação Masculina*, p. 49.

²²⁸ Mello, Luiz. “Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil”. *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 499.

formação de vínculo de parentesco, ao lado da filiação consangüínea e da adoção (artigo 10).

É de se notar que essas formações familiares presentes na sociedade coexistem com o modelo jurídico hegemônico, sem afetá-lo diretamente. E que o advento das novas tecnologias reprodutivas e seu progressivo consumo em vários níveis de necessidades dos usuários, têm a ambivalência de fortalecer e fragilizar o modelo consangüíneo dominante, com a possibilidade de concretizar novas práticas sociais que rompem as fronteiras do natural.

A afetividade e a normatividade emergente das relações familiares homossexuais e pluriparentais²²⁹ repercutem no campo jurídico e afetam a bitecategorização dos ascendentes (pai e mãe), com o reconhecimento da igualdade dentro da família. Porém, ao reconhecer esses direitos, regula-os no âmbito dos modelos jurídicos de parentalidade enquanto códigos interpretativos hegemônicos.

Sendo a ciência jurídica essencialmente regulatória, seu entrecruzamento com essas novas práticas sociais e, mais atualmente, com as biotecnologias reprodutivas, faz-se com tensão entre a manutenção de modelos hegemônicos de família e o reconhecimento e abertura para diferentes modos de organização familiar e filial, evidenciando os perfis dos tribunais brasileiros em relação à concepção nuclear e heterossexual da

²²⁹ Utilizo este termo no sentido alargado de admissão de vários pais e mães na parentalidade, formando relações de parentesco em linha reta. Sentido diverso deste encontra-se no PL 2.285, que utiliza o vocábulo "família pluriparental" associado a relações de parentesco preexistentes, "constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais" (artigo 69).

filiação confrontada com o reconhecimento jurídico do pluralismo emergente das práticas igualitárias, da autodeterminação familiar²³⁰ e da democratização da vida privada²³¹.

Quotidianamente, vêem-se os limites jurídicos da diversidade familiar colocando em evidência a inadequação dos modelos de conduta postos (modelo hegemônico) diante de comportamentos que não se enquadram no paradigma de igualdade universal homogeneizante, construído enquanto verdade jurídica.

Interpretações alternativas da realidade, inclusive no âmbito das decisões judiciais, apontam para a efetivação do denominado princípio da reciprocidade, que ao valorizar “novas pautas hermenêuticas para a interpretação da realidade social, econômica, política e cultural, as concepções de direitos humanos de natureza não jurisdicista vão além da simples denúncia das ilusões homogeneizadoras que permitem à sociedade representar-se sob a imagem de uma ordem integrada, unívoca e coesa, sob a égide de um texto constitucional”²³².

Especificamente no que tange aos direitos de orientação sexual dentro da pauta dos direitos reprodutivos, colocam um marco metodológico de

²³⁰ Commaille, Jacques. “Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection”, s/d. Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm>. (Acesso em: 16/08/2007).

²³¹ Giddens, Anthony. *A Transformação da Intimidade*. Sexualidade, Amor, Erotismo nas Sociedades Modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

²³² Faria, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UNB, 1988.

superação do determinismo biológico e as oposições binárias, compartimentadas, do pensamento moderno entre natureza e cultura, objetividade e subjetividade, masculinidade e feminilidade, evidenciando a construção histórica da desigualdade de gênero e do sexo²³³.

A consciência ética sobre as diferenças individuais e a eliminação de estereótipos depreciativos na formação da família homossexual, toma como ponto de partida a dimensão jurídica da sexualidade, da procriação, do gênero e da família. Se, por um lado, predominam interpretações homofóbicas vedando juridicamente a formação de famílias homoafetivas²³⁴, por outro,

²³³ Scavone, Lucila. *Dar a Vida e Cuidar da Vida*. Feminismo e Ciências Sociais, p. 30.

²³⁴ A interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais e privados versando sobre a união estável importa em decisões que formam a corrente majoritária da jurisprudência brasileira, ao compreender que o afeto existente nas relações homossexuais não constitui vínculo jurídico familiar entre as partes, excluindo a normatividade própria aos fatos sociais. E, na esteira deste entendimento, tem-se a seguinte decisão: "Relação homoafetiva. Ação de alimentos. Competência. Vara de família. Analogia com a união estável. Impossibilidade. 1. As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação homoafetiva, pretendendo equiparação por analogia com a união estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato. 2. No mérito, a equiparação da relação homoafetiva com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do C. Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher. 3. A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações. 4. Ainda assim, se a relação chegou ao fim, e, portanto não há mais afeto, é impossível julgar a ação reconhecendo obrigação alimentar cuja fonte seria exatamente o afeto, inexistente a esta altura. Quando se desfaz um vínculo afetivo que resultou em família reconhecida pela ordem jurídica, como a decorrente do

despontam tendências ao seu reconhecimento independentemente da falta de previsão legislativa, enquanto um fato social que gera normatividade:

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade²³⁵.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão sobre as uniões homoafetivas para o pleito de direitos de condição de companheiro dependente de plano de saúde e para benefícios médicos, adotando a tese da igualação à união estável na formação de relações de conjugalidade, contendo, na parte dispositiva do acórdão, o seguinte conteúdo:

casamento ou da união estável, o que gera a continuidade do devedor de solidariedade é o vínculo jurídico, inexistente na relação homoafetiva. 5. Portanto, ainda que a relação entre as partes tenha se formado com base na liberdade e no afeto, hoje estão elas desavindas, sendo certo que não pode existir vínculo obrigacional sem fonte, que se resumem, na lição de Caio Mário, a duas: a vontade e a lei.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Décima Sexta Câmara Cível, Apelação Cível n. 2007.001.04634, Desembargador Marcos Alcino A. Torres, julgado aos 24/04/2007).

²³⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70012836755, votação unânime, aos 21/12/2005.

A questão a ser resolvida resume-se em saber se os integrantes de relação homossexual estável têm direito à inclusão em plano de saúde de um dos parceiros.

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS).

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

(...) Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo

sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

(...) Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana²³⁶.

Dentro dessa diversidade de tratamento, a seguir serão abordadas decisões que procuram dar tratamento inovador na parentalidade, consentâneo com a “contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão”²³⁷.

5.1.2.1 Direito a adotar

O direito de adotar tem por fundamento o desejo de realizar um projeto parental, de criar vínculos afetivos e assumir deveres e direitos perante os filhos. A questão da orientação sexual para a adoção vincula-se aos princípios de liberdade e da igualdade para formar família e realizar o planejamento da vida privada sem ingerências do Estado.

Como caso a ser trazido para análise, uma decisão exemplar sobre pedido realizado por casal homossexual feminino para adotar conjuntamente duas crianças, na qual restou, após a afirmação de ser “preciso atentar para

²³⁶ STJ, Recurso Especial 238715/RS, 3ª. Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, votação unânime, julgado aos 07/03/2006.

²³⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 70005488812, Sétima Câmara Cível, Desembargador Relator José Carlos Teixeira Giorgis, votação unânime, julgado em 25/06/2003.

que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social”, permitiu-se não só o reconhecimento de união estável, como também a consequência lógica da formação familiar que é a faculdade de filiação por adoção, determinando-se que no registro de nascimento das crianças não conste “a condição de pai ou mãe”, que dizer, dissipando-se a noção de gênero na paternidade e maternidade²³⁸, assim resumida a ementa deste julgado paradigmático:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

O expresso reconhecimento do afeto como fato social no corpo da decisão entra no campo jurídico a partir da compreensão elástica das normas

²³⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70013801592, votação unânime, aos 05/04/2006.

constitucionais a proteger direitos fundamentais das pessoas, atentando ao fato de que “na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social”.

5.1.2.2 Direito à reprodução assistida

A parca legislação brasileira acerca da reprodução assistida não aborda a parentalidade homossexual, possibilitando tão-somente pessoas solteiras fazer uso dessas técnicas biomédicas (art. 1.597, do Código Civil e Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.392/1990). Entretanto, a existência de filiação biológica, ou não, dentro das uniões homossexuais, revela-se cada vez mais factível, trazendo à sociedade e ao Judiciário novos campos de conflito e crise de paradigmas.

Ação versando sobre direito de visitas advinda da separação de casal homossexual feminino, trata do fato de uma das companheiras submeter-se às técnicas de reprodução assistida, com doação de gameta masculino, sendo a receptora acompanhada pela outra em todos os estágios da gravidez e no parto. Após o nascimento, ambas, mãe biológica-registral e mãe-afetiva sem registro civil, dedicaram-se à maternagem. Assim, resume o acórdão a questão, ao reconhecer a maternidade socialmente construída e atribuir direito de visitas à mãe afastada da criança:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS.

Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma

realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas²³⁹.

Isso implica que o direito posto, para reconhecer direitos de determinados grupos excluídos legalmente ou em lacuna legal, deve observar a estreita relação com o fato, objetivando sua função social mediante uma hermenêutica aberta e construída. Nesse caso paradigmático, dá-se expressão jurídica à associação da maternidade – na biotecnologia, – com as relações socialmente vivenciadas de parentalidade, independentemente do registro civil, em superação à natureza e à normalização imposta pelo direito.

5.1.2.3 Homoparentalidade e a justiça hegemônica

Os casos apresentados sobre o reconhecimento jurídico da igualdade e da diversidade, trazem o cerne de uma cultura jurídica na qual a dominação hegemônica masculina, bicategorizada, nuclear e excludente, especialmente no que se refere à construção histórica e jurídica da família, em confronto com a ordem normativo-constitucional dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Além de revelar que o sistema jurídico restritivo de direitos no âmbito privado, indica a necessária discussão de uma hermenêutica jurídica hábil a trazer na ordem jurídica privada a eficácia dos direitos fundamentais.

²³⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70018249631, Sétima Câmara Cível, Desembargadora Relatora Maria Berenice Dias, votação unânime, julgado em 11/04/2007.

O fato de a legislação anterior ter sido revogada (especialmente, o Código Civil de 1916), bem como as leis restritivas das desigualdades de gênero e da filiação, não implica que não tenham deixado suas marcas na forma de aplicar o Direito e na sociedade, pois que a revogação jurídica não significa erradicação dos padrões e valores sociais²⁴⁰, mesmo porque a atual legislação não contempla a homossexualidade e a pluriparentalidade na família e na filiação.

O padrão familiar heterossexual, patriarcal e patrimonial ainda tem suas permanências enquanto capital simbólico do grupo doméstico²⁴¹, de controle da sexualidade e da procriação. A primeira vista, os tribunais brasileiros são mais permeáveis à troca de sexo e nome, no caso dos transexuais – inclusive podendo realizar casamento – por reproduzirem, a partir de uma verdade jurídica, o modelo heterossexual de família. Porém, as relações homossexuais atingem mais frontalmente o padrão jurídico de família, gerando diversidade e alteridade, tendo, assim, maior resistência ao acesso e uso das novas tecnologias reprodutivas, com limitação à formação de parentesco e parentalidade.

A busca pelo reconhecimento do Estado da heterogeneidade, como no caso, da filiação na homossexualidade e na pluriparentalidade, implica atribuir a exclusividade da normalização estatal para a caracterização do parentesco e

²⁴⁰ Santos, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. Volume 1. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 199.

²⁴¹ Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*. Editora Bertrand, 2000.

da parentalidade, como discute Butler²⁴². Decorre daí, aponta Mello, que o alargamento das possibilidades dos

indivíduos socialmente autorizados a constituir o casal, a díade, o par, a partir de valores associados a uma certa concepção de família, que renuncia ao imperativo da diferença sexual, mas reafirma os parâmetros de uma sexualidade domesticada em seu potencial transgressor. Em vez da carteira de trabalho, a certidão de casamento ou o contrato de parceria civil seriam os novos documentos legais comprobatórios de nascimento cívico de gays e lésbicas no Brasil? Nestes pouco mais de dez anos de tramitação da PCR [Parceria Civil Registrada, referente ao Projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da Deputada Marta Suplicy], porém, o que se observa é que os homossexuais brasileiros ainda não adentraram a arena dos sujeitos socialmente reconhecidos como cidadãos no âmbito dos direitos conjugais e parentais. Sem possibilidade de casamento, sem possibilidade de união civil, sem possibilidade de adoção de crianças como casal, gays e lésbicas reivindicam o reconhecimento do Estado e da sociedade de seus vínculos afetivo-sexuais e de sua própria existência civil. Manter relacionamentos amorosos, algo que nos faz intrinsecamente humanos, ainda é, em termos legais, uma prerrogativa heterocêntrica, marca da injustiça erótica e da opressão sexual

²⁴² Nesse sentido, o entendimento de Judith Butler, no estudo sobre a homossexualidade, casamento gay e procriação, entendendo que o reconhecimento de relações não-heterossexuais pelo Estado, configurando-o como “detentor de um direito que deveria conceder de maneira não discriminatória, independente de orientação sexual” (“O parentesco é sempre tido como heterossexual?”, *Cadernos Pagu*, 2003, n. 21, p. 224).

que atinge gays e lésbicas no Brasil e na maior parte do planeta²⁴³.

Cabe indagar se as reivindicações jurídicas individuais, como acima exemplificadas, trazem consigo o princípio de isonomia e adequação ao padrão familiar dominante, ou se, a luta por direitos implicaria o reconhecimento da diversidade, permitindo, com isso um reposicionamento político dos tribunais para o multiculturalismo²⁴⁴, como um conceito alternativo de igualdade.

E se os reclamos judiciais para a troca de nome, sexo, casamento, adoção, guarda de crianças, uso de nome de casado, acesso à reprodução assistida por parte dos homossexuais objetivando a inclusão e reconhecimento, ao invés de imputarem uma referência contra-hegemônica frente à Justiça, diante da ausência de codificação referente à matéria, que poderia em si estar propícia à experimentação e à inovação cultural e normativa, utilizando-se de elementos metajurídicos na motivação das sentenças e dando eficácia dos direitos fundamentais no campo jurídico privado, não teriam como substrato a busca da isonomia consolidada no modelo de família patriarcal e heterossexual?

A luta pelo reconhecimento é uma luta pela cidadania, pela segurança das relações patrimoniais e pessoais (tais como o direito aos alimentos, ao uso do nome de família, à previdência, à saúde, aos direitos sucessórios, trabalhistas, de habitação e de família), que conferem isonomia de tratamento por parte do Estado, independentemente da orientação sexual. Mas, visto sob

²⁴³ Mello, L. "Família (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil", p. 505-506.

²⁴⁴ Santos, Boaventura de Souza. "Poderá o direito ser emancipatório?". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, 2003, p. 39.

outro aspecto, abre-se a polêmica da variabilidade do parentesco frente ao padrão de normalização unificado e não-pluralista realizado pelo Estado, na medida em que “as formas não-hegemônicas de direito não são, necessariamente, contra-hegemônicas”, podendo “estar ao serviço do direito hegemônico, contribuindo para a sua reprodução sob novas condições a acentuando até os seus traços exclusivistas”²⁴⁵.

De outra parte, a verificação das práticas hermenêuticas das decisões judiciais frente a essas questões da contemporaneidade e da tecnologia reprodutiva, permitirá a discussão da hegemonia da Justiça, utilizando métodos internos, endógenos ou se, para essas causas, impõe-se o reconhecimento da crise paradigmática da modernidade do direito, impondo-lhe novas formas de regulação no reconhecimento de novos direitos?

Esses pontos permitem trazer para o campo jurídico a busca por direitos, reconhecimento e conflitos na conjugalidade, parentesco e parentalidade homossexual, bissexual e transgêneros²⁴⁶, mas que, em alguns casos, principia pelo direito individual ao nome no assento de nascimento, que denota a identidade sexual da pessoa. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida no âmbito dos direitos fundamentais (artigo 1º, inciso III) e sua promoção sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

²⁴⁵ Santos, B. S. “Poderá o direito ser emancipatório?”, p. 38.

²⁴⁶ Em interessante estudo etnográfico realizado sobre filiação, realizada em Porto Alegre, entre 2004 e 2005, Zambrano traz o relato das diferentes formas de vivenciar a parentalidade por gays, lésbicas, travestis e transexuais ensejando novos saberes (Zambrano, Elizabeth. “Parentalidades ‘impensáveis’: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais”, *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, 2006, p. 123-147).

(artigo 3º, inciso IV), ampliando-se, com efeito, a visão privatística dos direitos da personalidade (honra, incolumidade física e psíquica, imagem, identidade, nome, dentre outros) e atribuindo ao homem, direitos que o ordenamento jurídico reputa inalienáveis e invioláveis²⁴⁷.

O nome no sistema jurídico brasileiro encontra-se dentre os denominados direitos da personalidade (artigo 11, do Código Civil de 2002), e para efeitos registrários (Registro de Nascimento, Lei de Registros Públicos, n. 6.015/77), em decorrência do princípio da veracidade dos registros públicos e da segurança jurídica, somente se permitem alterações posteriores ao registro, nas hipóteses previstas em lei: o sobrenome em casos de casamento, divórcio, adoção, ação de estado filial, proteção de testemunhas e, no que se refere ao prenome, quando houver publicamente adotado apelido pelo qual a pessoa é reconhecida ou quando o nome colocar a pessoa em situação vexatória.

Logo, a alteração do nome dá-se em caráter excepcional e somente por motivos justificáveis mediante ação judicial.

Sendo assim, pessoas que visam à alteração do nome – nomes homônimos, acréscimo de nome de padrao ao sobrenome, erro material do nome, nomes vexatórios ou quaisquer pessoas que pretendam adequar o nome à subjetividade –, necessitam buscar judicialmente essa pretensão, que

²⁴⁷ Há uma linha interpretativa fundada no direito à não discriminação por orientação constitucional para a construção da vida afetiva privada, enquanto uma “cidadania sexual”, no sentido de inexistir um vazio legislativo sobre o casamento homossexual, apresentado, dentre outros estudos, por R. A. Lorea no texto: “Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual”, *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 488-496. Aqui, algumas decisões judiciais são trazidas nas quais exatamente é esse o ponto argumentativo do corpo do acórdão (v. decisão referida na nota 204, supra).

tem por fundamento o direito identitário enquanto um direito fundamental de auto-reconhecimento e inserção à vida comunitária.

Em caso de hermafroditismo, a intersexualidade é interpretada pelo direito como pessoa que sofre de “anormalidade”, com presença de sexo bem caracterizado (ou seja, portador de testículos ou de ovários, com órgãos genitais externos opostos), submetendo-se à cirurgia para “adequá-lo ao fenótipo para fim de identificação social”, pode ver-se judicialmente impedido de trocar o nome sob o seguinte argumento jurídico-pericial do biológico, considerando

o homem como um complexo homogêneo de funções, não há como privilegiar o enquadramento psíquico-social em detrimento do aspecto biológico, este sempre primordialmente acentuado na definição do sexo e verificando-se que o recorrente não conta com órgãos genitais femininos, com efeito, não há como escapar-se à conclusão de que se trata de pessoa do sexo masculino, embora com a genitália atrofiada – *anima mulieris in corpore virile inclusa*²⁴⁸.

Percebe-se uma sujeição direta do sexo ao dado biológico, que o direito pretende normalizar. Mas, de outra maneira a decisão pode ocorrer, alterando nome e sexo da pessoa sem que haja qualquer menção registrária desse fato na certidão de nascimento, caso se trate de transexualidade, atestada por junta médica e seguida de cirurgia de transgenitalização²⁴⁹, como mostra este julgado:

²⁴⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, Nona Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 34.028.4/6-00, julgado por unanimidade aos 26/05/1998.

²⁴⁹ Para uma comparação das decisões brasileiras até 2006 sobre a transexualidade e mudança de nome, v. o estudo de Miriam Ventura, “Transexualidade: Algumas

Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atual como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome²⁵⁰.

O direito identitário ao nome torna-se uma questão médica-científica que certifica ao direito o sexo a ser determinado, necessitando ser exaustivamente provada a inadequação do nome ao sexo registrado (transexualismo). Como correção de um transtorno, eventual conjugalidade poderá ser realizada na forma heterossexual, diante do novo registro de nome e sexo, sem ofender o tipo de família dominante: a ajustamento do fenótipo ao sexo jurídico, fundado em perícia que atesta a identidade psicológica e morfológica da pessoa,

reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual”, p. 141-169. Rios, R. R. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

²⁵⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70013909874, votação por maioria de votos, em 24/08/2006.

permite que juridicamente não haja violação ao casamento ou união estável bicategorizados²⁵¹.

Estes casos de mudança de nome e permissão ao casamento, geram uma parentalidade dentro do modelo binário que, na contemporaneidade, pode ser combinada com as novas tecnologias reprodutivas e expressam o reconhecimento do direito à orientação sexual.

Mas também, têm delimitada amplitude pela normalização dos comportamentos e a autonomia do direito em impor regras de conduta que não são isentas de neutralidade, mesmo quando assentadas em verdades médicas e periciais, dá-se um controle social pelos discursos jurídico e científico associados. E colocam em evidência o caráter performático do sexo dentro do direito, construído historicamente, com reiteração de verdades hegemônicas²⁵², sob a forma da retórica de uma verdade da família e das relações de conjugalidade na qual a busca pelas identificações sexuais não passa pelos homens heterossexuais que são o “sexo-que-é”, mas pelas “mulheres (ou os

²⁵¹ No Brasil, todos os casos de alteração de nome pressupõem a alteração do sexo, via procedimento cirúrgico. Há recente decisão na Espanha autorizando um transexual brasileiro mudar de nome e sexo sem se submeter à mudança fenotípica por meio de cirurgia. No sentido da mudança de nome pós operação, é a posição que vem sendo adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Ver, dentre outras, o julgado na Apelação Cível n. 439.257-4/3-00, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Salles Rossi, julgado em 19/04/2007, por maioria de votos.

²⁵² Nesse sentido, Miskolci sustenta que “A luta por direitos civis é justa e precisa ser levada a diante. O que não se pode ignorar é que tal luta passou a se dar nos termos hegemônicos, a partir de questões como o casamento e a família”. (Miskolci, R. “Pânicos morais e controle social. Reflexões sobre o casamento gay”. *Cadernos Pagu* (28), janeiro-junho/2007, p. 118).

homossexuais, mulheres ou homens, ou os trans-, bi- ou inter-sexuais), que por esse sexo-que-é têm sido definidos, e continuam a definir-se”²⁵³.

Nesse caso, a homoparentalidade e a transexualidade segue a normalização do modelo doméstico, marcado pela família nuclear, monogâmica, biparental por força de uma “heterossexualidade compulsória em sua segunda geração”²⁵⁴, de forma que o direito interpreta e reconhece o fato social dentro de uma determinada perspectiva homogeneizante e não plural, onde a ambivalência do fenômeno mostra-se em “desvios” que se enquadram em modelos, pela retórica jurídica e pela verdade científica.

Isso faz refletir a heterogeneidade de comportamentos afetivos e parentais diante do direito. A questão de saber qual relação de afetividade merece ser reconhecida pressupõe regras de qual família tem legitimidade para ser considerada família e ser protegida no campo jurídico. Se se compreender o direito tão-somente como ciência reguladora de condutas, nos moldes positivistas, dá-se a disciplina do fato social, mesmo sob a forma de reconhecimento de novos direitos e famílias²⁵⁵, enquadrado no modelo família

²⁵³ Ramalho, Maria Irene. “A sogra de Rute ou intersexualidades”. Santos, Boaventura de Souza (org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 544.

²⁵⁴ MisKolci, R. “Pânicos morais e controle social”, p. 123.

²⁵⁵ Têm surgido aos poucos estudos jurídicos que defendem o reconhecimento da união entre homossexuais, que oferecem quase nenhuma visibilidade ao problema colocado da heterogeneidade frente ao modelo bicategorizado, monogâmico e nuclear de família, mas que defendem a inclusão e o reconhecimento desses direitos. Diferencia-se, contudo, a perspectiva dada pelo juiz sulista Roger Raupp Rios, jurista que tem nos últimos anos defendido o direito ao reconhecimento das uniões homossexuais, tanto em exemplares decisões judiciais, como em obras específicas, fazendo uma crítica aos trabalhos jurídicos sobre o assunto como sendo em sua grande maioria posições de uma “tolerância indulgente e heterossexista”

dominante, excluindo-se formas de organização do afeto que não são reconhecidos, e que, portanto, não podem ser família.

Partindo-se de pressupostos “daquilo-que-é”, segmenta-se o que deve ser e proscreve-se o que não deve ser considerado família, desconsiderando-se formas heterogêneas da realidade relacional e parental²⁵⁶. E exatamente

para a homossexualidade (“A discriminação por gênero e por orientação sexual”. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>). Outras obras do autor: “O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação”, p. 111-141. Rios, R. R. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007 e *A homossexualidade no direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

²⁵⁶ Dentre os estudos jurídicos que procuram apontar esse distanciamento do direito frente ao social, merece destaque a análise de Lobo, que parte do campo da demografia e da estatística, tomando por base as unidades de vivência dos brasileiros do IBGE, Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) e mostra uma amplitude de outros tipos de relações não abrangidas pelo direito de família (Lobo, P. L. N. “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>):

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;

nesse ponto fixa-se a crise paradigmática do direito, ou seja, num sistema fechado e auto-referencial que determina verdades legítimas e deslegitima outras, ajustando o fato social a um determinado conjunto de valores hegemônicos, dentro de um discurso de neutralidade e objetividade.

Nessa linha, os reclamos judiciais de inclusão, a troca de nome, sexo, casamento, adoção, mantêm um caráter ambíguo, pois o padrão familiar heterossexual, patriarcal e patrimonial ainda tem suas permanências enquanto capital simbólico do grupo doméstico, de controle da sexualidade e da procriação.

Tal questão permite algumas conclusões que serão objeto de análise da heterogeneidade parental e o direito, desenvolvidas no tópico a seguir.

5.2 A heterogeneidade parental e o direito

Numa primeira análise, as reivindicações jurídicas individuais, como acima exemplificadas, trazem consigo o princípio de isonomia e adequação ao padrão familiar dominante, fortalecendo, paradoxalmente, o sistema heterossexista quando se busca o reconhecimento de direitos, por ser este um critério distintivo de reconhecimento da dignidade dos sujeitos e da cidadania, no que se refere à distribuição de benefícios sociais, políticos e econômicos²⁵⁷.

i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;

j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;

l) comunidade afetiva formada com "filhos de criação", segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

²⁵⁷ Rios, R. R. "O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação", p. 121.

Dentro desta perspectiva, ao invés de imputarem uma referência contra-hegemônica frente à justiça, diante da ausência de codificação referente à matéria, que poderia em si estar propícia à experimentação e à inovação cultural e normativa²⁵⁸, trazendo novas formas e arranjos de parentalidade e de família para o campo jurídico, utilizando-se de elementos metajurídicos na motivação das sentenças, teriam como substrato a busca da isonomia pelo reconhecimento consolidado no modelo jurídico de filiação dentro da família patriarcal e heterossexual.

Sob outro ângulo, mas ainda ligado a este, as respostas judiciais e os reclamos para o reconhecimento dos direitos à orientação sexual e à filiação reiteram e reproduzem a normalização e a “heteronormatividade compulsória da sociedade”, sem transgredir ou contestar, em prol da estabilidade oferecida pelo Estado²⁵⁹ que juridicamente naturaliza corpos e a diversidade.

E evidenciam, sob um terceiro crivo, o caráter performático das normas regulatórias que reiteram o padrão heterossexual de conjugalidade e parentalidade, materializando os corpos por meio de procedimentos médicos e jurídicos que se normalizam diante da verdade juridicamente posta. Essa abordagem advém da idéia desenvolvida por Butler ao discutir a relação entre a materialidade do corpo e a performatividade do gênero, expondo o caráter discursivo da sexualidade, historicamente presente nas sociedades que produzem normas regulatórias que materializam o sexo dos sujeitos.

²⁵⁸ Santos, B. S. “Poderá o direito ser emancipatório?”, p. 3-76. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 65, mai/2003, p. 44.

²⁵⁹ Louro, Guacira Lopes. “Teoria queer – uma política pós-identitária para a educação”, *Revista de Estudos Feministas*, Ano 9, 2001, p. 546.

Entretanto, da padronização e acomodação a modelos de famílias, paternidades e maternidades historicamente construídos calcados na sexualidade, reprodução e casamento²⁶⁰, paradoxal e ambigualmente, abrem-se espaços para a existência de realidades que não se sujeitam, transgredindo a padronização, posicionando-se contra ou à margem da normatividade estatal, tal como instiga Butler a pensar sobre o processo de materialização do sexo pelas normas regulatórias e a “instabilidade desconstitutiva” intrínseca à materialização²⁶¹.

²⁶⁰ Ariès demonstrou como aos poucos o espaço doméstico transformou-se na “família sentimental moderna”, bem como a igualdade entre os filhos contra a primogenitura, enquanto fenômenos do século XIX, representado pela codificação civil francesa de 1804 (Ariès, F. *História social da criança e da família*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981). Ainda, Badinter defendeu em obra seminal que o amor materno da atualidade não constitui um sentimento inerente à condição de mulher, ele não é um determinismo, mas algo que se adquire, produto historicamente construído no século XIX. (Badinter, E. *Um amor conquistado: O mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985).

²⁶¹ Argumenta Judith Butler: “a construção não é nenhum marco singular, nem um processo causal iniciada por um sujeito, culminando em um conjunto de efeitos fixos. A construção não apenas ocorre *no* tempo, mas é, ela própria, um processo temporal que atua através da reiteração de normas; o sexo é produzido e, ao mesmo tempo, desestabilizado no curso dessa reiteração. Como um efeito sedimentado de uma prática reiterativa ou ritual, o sexo adquire seu efeito naturalizado e, contudo, é também, em virtude dessa reiteração, que fossos e fissuras são abertos, fossos e fissuras que podem ser vistos como as instabilidades constitutivas dessas construções, como aquilo que escapa ou excede a norma, como aquilo que não pode ser totalmente definido ou fixado pelo trabalho repetitivo daquela norma. Esta instabilidade é a possibilidade *desconstitutiva* no próprio processo de repetição, o poder que desfaz os próprios efeitos pelos quais o ‘sexo’ é estabilizado, a possibilidade de colocar a consolidação do ‘sexo’ em uma crise potencialmente produtiva.” (“Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’”, p. 153-172. Louro, G. L. (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, p. 163-164)

E o reconhecimento do pluralismo normativo – como a origem social e afetiva do vínculo paterno-materno filial ou o fundamento da união homoafetiva no mútuo respeito e afetividade, elementos exógenos que transcendem a visão neutra e segmentada do direito – tem o condão de produzir decisões que evidenciam a crise paradigmática do direito na pós-modernidade²⁶².

Exatamente esse ponto que faz que coexista uma pluralidade de normatividades no âmbito da parentalidade, pois o tratamento da infertilidade e esterilidade do casal heterossexual, da pessoa solteira²⁶³, hetero ou homossexual, das famílias monoparentais e o acesso de casais homossexuais às técnicas de reprodução humana fortalece o laço biológico da família hegemônica²⁶⁴, mas também alargam formas de autodeterminação do parentesco, forçando o direito lentamente a reconhecer essas realidades²⁶⁵, que são efetivamente diferentes da família-tipo.

²⁶² Justifico essa posição a partir da abordagem crítica de Santos sobre a transição paradigmática do direito, desenvolvida no item 2.1.1, supra.

²⁶³ Strathern relata os casos de “mães virgens” que, por escolha, acessam as tecnologias reprodutivas para engravidar sem contato sexual (Strathern, M. Necessidade de pais, necessidade de mães, p. 303-328. *Estudos Feministas*, n. 2, 1995).

²⁶⁴ Além de riscos de transmissão de doenças, como a autorização para a utilização da reprodução assistida no caso de mulher é soronegativa com marido soropositivo para o HIV e os riscos da gravidez. O relacionamento sexual poderá contaminar a mulher e esta, na vigência de gravidez, contaminar o feto e o recém-nascido. Com a técnica de fertilização “in vitro” a possibilidade de ocorrer tal contaminação é infinitamente menor, segundo Parecer do CFM à Consulta n. 27.013/2000, disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/2000/27013_2000.htm

²⁶⁵ Como exemplo, a decisão mencionada no subitem 5.1.2.1 supra.

As tecnologias reprodutivas segmentam a reprodução do sexo e do determinismo biológico, porém ainda persistem formas de mimetismo com a reprodução sexuada quando há a fecundação homóloga e, mesmo na heteróloga, com a proximidade das características fenotípicas dos genitores, enquanto procedimento ético prescrito pelo CFM.

A transferência de embriões de um determinado casal para uma terceira pessoa sem vínculo de parentesco é uma realidade presente, mesmo que inexistentes regras jurídicas estatais sobre a questão. A sub-rogação de útero, com a presença de duas ou três mulheres participantes²⁶⁶, doadora genética,

Recente parecer do CFM aborda os aspectos éticos da questão, ao discorrer sobre a permissibilidade de autorização para transferência de embriões de casal M.S.L.A. de 38 anos e N.F. de 45 anos para uma 3ª pessoa, sem vínculo familiar, 2º casamento de ambas, sem filhos em comum. Relata ainda o consulente que a paciente doadora genética, é histerectomizada há 3 anos e com desejo de ter filhos, sendo que não possuem nenhum parente próximo para a realização de técnicas de reprodução assistida com a doação temporária de útero. A conclusão do parecer destaca a autonomia e o livre consentimento para estabelecer da parentalidade: "Assim sendo, não havendo nenhum grau de parentesco entre a doadora genética e a doadora temporária do útero, deve o procedimento ser previamente autorizado por este Conselho Regional de Medicina. Entendemos não ser a norma imperativa e que dê obrigatoriedade de que este procedimento médico, com amplas possibilidades de sucesso se limite apenas nas circunstâncias em que as trocas se estabeleçam entre irmãs. Não há argumentação técnica que sustente e justifique esta condição de parentesco como obrigatória para o procedimento. Certamente, esta limitação fere o princípio da justiça ou equidade de acesso a esta técnica à todas as mulheres.

Seguindo este pensamento, estas duas mulheres não seriam respeitadas em sua autonomia e sequer se lhes daria a oportunidade do benefício da técnica.

O principal aspecto ético a ser considerado na gestação de substituição é que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, sendo vedada qualquer modalidade remunerada conhecida como "útero ou barriga de aluguel".

Outro aspecto a ser esclarecido à paciente doadora genética e desejosa de ter filhos são as conseqüências para o estado de filiação da criança, não havendo em nosso

receptora jurídica e cedente de útero, alicerçada na autonomia das partes, no consentimento esclarecido e no contrato para estabelecer a parentalidade, traz a insuficiência do padrão normativo²⁶⁷ baseado na fecundação natural ou adoção pura e simples, ultrapassando-o.

O direito civil permanece em descompasso com a biotecnologia reprodutiva, não disciplina todas as suas nuances, e os projetos de lei existentes oscilam nos paradigmas a serem adotados, ora reforçando o *status quo* ora criando uma situação transitória para o modelo dominante de parentalidade, fato que denota os aspectos da construção sociocultural²⁶⁸ e interferências científicas do parentesco atual.

país jurisprudência sobre o assunto: "A criança com duas mães" - sendo uma mãe genética (que doou seu óvulo para a obtenção do embrião in vitro) e uma mãe gestacional (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz a criança). Deve-se portanto, se firmar claramente um "contrato", estabelecendo a questão da filiação nesta condição em particular, visto que esta questão é inexistente quando na reprodução por meios naturais." (Consulta n. 43.765/2001, disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/2001/43765_2001.htm).

²⁶⁷ Os juristas aos poucos têm ventilado teorias acerca dessa insuficiência do direito frente à realidade social, como aponta Ruzyk: "O direito contemporâneo – e, em especial, levando em consideração o objeto deste estudo, o direito de família – reconhece a insuficiência dos mitos fundadores da concepção positivista e cientificista a respeito do sistema jurídico, a despeito de niilistas pretensões de legitimação por meio de uma auto-referência que, em última instância, prescinde do sujeito, revelando-se como bastião de um totalitarismo tecnocrático. Se o papel emancipatório do direito não se compraz com concepções enclausuradas no 'mundo' abstrato construído – em evidente paradoxo – por um discurso positivista, mais grave ainda essa ordem de idéias se afigura no tratamento de relações coexistenciais de afeto." (Ruzyk, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*, p. 235).

²⁶⁸ A título de exemplo, o projeto de lei mais atual sobre a questão (Estatuto da Família) pretende acentuar juridicamente o caráter socioafetivo do parentesco, ao

De outra parte, a mundialização de gametas e embriões é um fenômeno da pós-modernidade²⁶⁹ que inserido no mercado de consumo genético com embriões numerados, criopreservados e a escolha por embriões saudáveis²⁷⁰, com base na manifestação de vontade expressa para o projeto parental, permite novos elementos a mesclar a rede jurídica e social da parentalidade.

As práticas atuais de fertilização, obtenção de embriões e novas formas de arranjos familiares juridicamente reconhecidos colocam em evidência o entrelaçamento e a desarmônica relação entre o direito e as ciências

lado da consangüinidade e da afinidade, porém não altera a estrutura da filiação no que se refere às novas tecnologias reprodutivas, tendo-as como projeto parental havido durante a conjugalidade, afastando a implantação *post mortem* existente em nosso ordenamento atual, além de referir-se especificamente ao consentimento expresso do marido ou do convivente para que a mulher possa submeter-se fisicamente às técnicas, sem previsão da hipótese inversa, para que se estabeleça o vínculo filial (“**Art. 73.** Presumem-se filhos: I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção; II – os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor; III – os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento.”).

²⁶⁹ A exemplo, o banco de espermatozoides dinamarquês Cryos, que distribui gametas masculinos e produtos para a reprodução assistida pelo mundo todo. Com trânsito internacional, oferece seus produtos na Europa (Finlândia, Grécia, Alemanha, Hungria, Groelândia, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Suíça, Holanda, Turquia, Inglaterra), Ásia (China, Índia, Irã, Japão, Coreia, Malásia, Paquistão), África (Quênia), Austrália, Oriente Médio (Líbano, Marrocos, Omã, Qatar, Emirados Árabes), Estados Unidos e Canadá. Dados obtidos no site oficial do laboratório: <http://www.cryosinternational.com/home.aspx>

²⁷⁰ O diagnóstico pré-implantatário dos embriões *in vitro* tem previsão ética na Resolução CFM n. 1.358/92, devendo ser realizado para averiguação de embriões com alterações ou malformações e defeitos genéticos, sendo eticamente vedado a escolha de sexo da criança.

biológicas, inseridas num contexto globalizado. Ao direito impõem-se realidades familiares que auto-produzem sua própria normatividade e que tornam seus instrumentos de normalização exclusivamente estatal insuficientes, fazendo que da repetição de princípios hegemônicos adentrem elementos exógenos como o afeto, o cuidado e a autodeterminação dentro da parentalidade e do parentesco²⁷¹.

Noutro viés, o direito ao expor suas fronteiras oxigena-se na tendente adoção da transdisciplinaridade e do diálogo com o social²⁷², reputando-se como um sistema aberto e plural²⁷³, em contraposição à visão hegemônica, positivista, do direito²⁷⁴. A fluidez das relações afetivas das sociedades contemporâneas colide com a rigidez jurídica das relações familiares clássicas, marcadas pela consangüinidade da rede de parentesco²⁷⁵, composta, basicamente, na linha reta, pelo pai, mãe, filhos, avós paternos e maternos e,

²⁷¹ Guilherme de Oliveira observa: "Os códigos civis – que pretendiam resumir e disciplinar toda a vida dos indivíduos – mostram-se hoje lacunosos e insolitamente 'patrimonialistas'. Escapam-lhes dimensões fundamentais da vida das pessoas e das comunidades. Os afectos – o cuidado – estão a instalar-se no coração do Direito, talvez trazidos pela mão das mulheres-juristas que têm chegado à profissão tradicionalmente masculina" (*O Cuidado como Valor Jurídico*, p. 396).

²⁷² Fachin, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁷³ Brauner, M. C. C. "Reinventando o Direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade", p. 79-107, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume 18, 2004.

²⁷⁴ Santos, B. S. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 2001.

²⁷⁵ Meulders-Klein, Marie-Thérèse. "Individualisme et Communautarisme: l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale", *Droit & Société*, n. 23-24, 1993. Disponível em:

<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds023024/ds023024-11.htm>. Acesso em: 18/08/2007.

na colateral, pelos irmãos, tios e primos, denotando o desfasamento entre o modelo regulamentado de parentesco e os usos sociais²⁷⁶.

No delineamento de um sistema jurídico familiar aberto ao pluralismo normativo, permite-se espaço às mudanças comportamentais e transformações da intimidade²⁷⁷ perpassadas pela democratização e globalização do direito²⁷⁸, tratados e convenções internacionais de direitos humanos, decisões de tribunais internacionais de direitos humanos e pela ciência biotecnológica transnacionalizada²⁷⁹, elementos esses que tendem a reconfigurar os pressupostos tradicionais do Direito de família.

As concepções de família, parentesco e parentalidade organizadas pelo ordenamento jurídico interno, ligadas à cultura e organização social relativizadas a uma determinada sociedade, alteram-se diante do universalismo dos direitos humanos fundamentais²⁸⁰, sob a tônica dos direitos e saberes globalizados, que ao reconhecer novas formas de afectividade emergentes na

²⁷⁶ Rebollo, J. G. Procreación, género e identidad. Debates actuales sobre el parentesco y la familia en clave transcultural, 2006.

²⁷⁷ Giddens, A. *A Transformação da Intimidade*. Sexualidade, Amor, Erotismo nas Sociedades Modernas. 1993.

²⁷⁸ Santos, B. S. "Direito e Democracia: a reforma global da justiça", p. 125-176. Pureza, J.; Ferreira, A. C. (orgs.). *A Teia Global: Movimentos Sociais e Instituições*. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

²⁷⁹ Nunes, J. A. "A pesquisa em saúde nas ciências sociais e humanas: tendências contemporâneas", *Oficina n. 253*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2006.

²⁸⁰ Arnaud, A. J. "Internationalisation des Droits de l'Homme et Droits de la Famille. De la globalisation au postmodernisme en droit", p. 77-104. Arnaud, A. J. *Entre modernité et mondialisation*. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. Paris: LGDJ, 1998.

sociedade, admitem contextos normativos ligados interna e externamente a uma contemporaneidade global e universalizada²⁸¹.

Em consequência, as repercussões dessa policentralidade normativa, interna e/ou externa ao ordenamento, universalizada, que alimenta o direito de família contemporâneo criando novos campos jurídicos (mundialização do direito) de ingerência uniformizadora da vida privada e familiar em confrontação aos sistemas internamente referenciais.

Tais considerações trazem a complexidade e contradições dos impactos das biotecnologias reprodutivas no direito: a admissão pelo direito das tecnologias reprodutivas não é neutra, dá-se por meio do reforço do padrão familiar consangüíneo, fato que, no plano sociológico, reproduz as relações de gênero no âmbito doméstico e reprodutivo²⁸², ao mesmo tempo, contém caracteres transgressores inerentes ao seu uso e prática. Ao enfatizar o biológico no modelo dominante de parentalidade utiliza-se de instrumentos e sujeitos estranhos àquela relação (hospitais para a realização dos procedimentos, médicos, psicólogos, assistentes sociais e, especialmente, de uma rede de pessoas envolvidas diretamente na procriação), fragmenta a

²⁸¹ Allard, J.; Garapon, A. *Os Juízes na Mundialização*. A nova revolução no direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

²⁸² Scavone, em recente artigo, com muita propriedade demonstra essas contradições do uso das tecnologias e reflete sobre seu potencial emancipatório a partir das teorias feministas. Sustenta que a valorização do biológico e o maior peso do projeto parental para a mulher, que submete seu corpo à técnica, não trazem uma "ruptura com as determinações biológicas que dão suporte à determinação masculina". (Scavone, L. "Novas tecnologias conceptivas: teorias e políticas feministas", p. 13-22. Ferreira, V.; Ávila, M. B.; Portella, A. P. (orgs.). *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2006).

exclusividade heteroparentalidade e torna possível o vínculo afetivo entre várias pessoas, atores do ato procriativo, e o filho.

No campo jurídico, a isonomia dos filhos – só admitida a partir de 1988 – guarda estreita ligação com a admissão pelo Estado da pluralidade de entidades familiares reconhecidamente estruturadas, em coexistência com a família matrimonializada²⁸³. Fato inequívoco, no plano legal, que essa diversidade familiar guarda como traço de preponderância o casamento para a conjugalidade²⁸⁴, tem sofrido temperamentos com o surgimento de outros espaços de relações afetivas e realidades combinadas com famílias recompostas, heterossexuais e monoparentais com grandes repercussões no mundo jurídico.

As mudanças no padrão do parentesco, conjugalidade e parentalidade são dados sociológicos que vão de encontro à rigidez do pensamento jurídico tradicional ao conceber a família heterossexual e matrimonial como modelo²⁸⁵.

²⁸³ Refiro-me ao artigo 226 da Constituição Federal que prevê expressamente a existência da união estável e da família monoparental. Quanto à união estável, há uma cisão nos estudos jurídicos brasileiros sobre a isonomia ou não com o casamento, fato que repercutiu na elaboração do Código Civil de 2002, colocando-a em situação ambivalente, ora igualando-a, ora distinguindo-a. Para uma visão desta polêmica, ver, dentre tantas, sobretudo a obra de Luiz Edson Fachin, *Elementos Críticos do Direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999 e *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁸⁴ Ver quadro dos artigos do Código Civil de 2002 voltados ao casamento e suas disposições (Tabela 1), subitem 2.2.2, supra.

²⁸⁵ De encontro a essas posições, é de se observar que os estudos jurídicos mais recentes mostram-se reflexivos sobre as mutações da família apontam para esse elemento plural das tendências de relações em constante movimento, procurando integrar aspectos de outras ciências para a compreensão e análise deste fenômeno. Destacam-se, no Brasil, os estudos desenvolvidos por: Carlos E. P. Ruzyk, *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro:

Bourdieu mostra como esse sistema auto-referenciado neutraliza as posições antagônicas e heterogêneas, colocando-se num universo social independente marcado pela lógica interna e do monopólio “do direito de dizer o direito”, de afirmar a verdade, com a interpretação do *corpus* de textos legais e doutrinários que consagram a visão legítima e mais justa do mundo social.

Completa o autor que a leitura das sentenças produz um efeito simbólico do ato jurídico julgado como aplicação prática, neutra, racional de uma norma universal cientificamente fundamentada, que esconde a subjetividade do ato de julgar e a subjetividade da sua relação com o campo da dominação e das relações de gênero que permeiam as decisões²⁸⁶. A tentativa de tornar invisível a subjetividade e a hegemonia contidas numa decisão judicial, o direito constrói o real para manter a ordem simbólica de reprodução do próprio campo jurídico ao pronunciar uma “verdade”, um saber.

A relação do direito com a realidade dá-se com a imputação – na fórmula de Kelsen: se um *fato* é (está previsto em lei), deve haver uma *consequência* –, fundamento de num fato juridicamente relevante. A realidade – *ex facto oritur jus* – é aquela construída pelo direito. Nem todo o fato é universal a ponto de tornar-se um princípio que se integra à normalização.

Renovar, 2006; Semy Glanz, *A Família Mutante*. Sociologia e Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Rosana A. G. Fachin, *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 e de Cristina O. Zamberlam. *Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea*. Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁸⁶ Bourdieu, P. “A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico”, p. 209-254. Bourdieu, P. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Refoge ao direito a diversidade dos sujeitos plurais concretamente vivenciados nas práticas familiares, nomeadamente com o uso das biotecnologias conceptivas, tidas por desviantes, anormais, patológicas. Essas realidades permanecem, pela racionalidade predominante, fora das fronteiras da tutela jurídica e do reconhecimento de direitos fundamentais. E mesmo em relação ao campo da ciência biológica o direito mantém sua lógica interna avançando muito lentamente no reconhecimento das relações heterogêneas, como a admissão da pluriparentalidade e da parentalidade homossexual, bem como da existência de conjugalidades múltiplas²⁸⁷ sem a pecha da bigamia.

As especificidades do campo jurídico são indelevelmente marcadas por suas origens positivistas, segmentada, disciplinar e monopolizada pelo Estado. Diferentes interpretações de admissibilidade do direito têm surgido, dentro da concepção pluralista do direito, sob forma de resolução alternativa dos conflitos, mediação, arbitragem e desregulamentação progressiva de algumas áreas. Mas isso somente não traz a mudança paradigmática. A mudança dá-se na dinâmica interna do direito, com o surgimento de outras visões, numa insubmissão do próprio direito em conformar-se com o direito hegemônico, como a do movimento para o uso alternativo do direito surgido nos anos 90²⁸⁸,

²⁸⁷ As famílias múltiplas ou simultâneas não são reconhecidas no Brasil, à exceção da possibilidade de união estável entre pessoa solteira com outra separada judicialmente ou entre duas pessoas separadas judicialmente ou de fato. Caso contrário, ter-se-á um caso de bigamia ou de concubinato, relações espúrias e não caracterizadas como familiares. Sobre esse assunto, a análise de Carlos E. P. Ruzyk, *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁸⁸ Movimento de juristas sulistas surgido na década de 90, com o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, Florianópolis/SC, que em linhas gerais postulou pela oposição ao sistema capitalista e à exclusão pela pobreza, transformando a

no Brasil, enfatizando a aproximação da realidade social mediante uma interpretação construtiva e teleológica das normas para dar efetividade à função social dos institutos jurídicos voltados à diversidade de sujeitos.

E no âmbito das relações familiares, a busca de elementos exteriores à idéia patrimonialista²⁸⁹ da família, repersonalizando²⁹⁰ os sujeitos desse tipo

visão positivista ao apresentar a ideologia por detrás do intérprete da lei e defender o pluralismo jurídico ("direito achado na rua") criticando o tecnicismo, o legalismo, a neutralidade, a completude do ordenamento e interpretação mecanicista das normas.

²⁸⁹ Tupinambá afirma que "com a passagem do modelo de entidade familiar tradicional (família patriarcal) para o modelo de entidade familiar contemporânea (família afetiva), desviou-se a finalidade da referida instituição do ponto de vista econômico para o afetivo". (Tupinambá, Roberta. "O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares, p. 368. Oliveira, G.; Pereira, T. S. (orgs.) *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

²⁹⁰ Assim também compreendida por inúmeros doutrinadores que defendem o aspecto social e cultural da paternidade, em sobreposição ao biologismo. Sobre a análise pertinente à superação da verdade biológica, substituída, na atualidade pela verdade socioafetiva, ver: Paulo Luiz Netto Lôbo ("Repersonalização das relações de família", Bittar, C.A. (coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989) que diz: "o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social." (p. 53). Destaque-se a importante contribuição de Edson Luiz Fachin, *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996 e de João Batista Villela, que apregoa o esvaziamento biológico da paternidade, em "Desbiologização da paternidade": "A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade" (*Revista Forense*,

específico de vínculo estabelecido com base não só na consangüinidade e no casamento, mas na afetividade e cuidado entre os membros de uma família.

A caracterização da parentalidade pelo afeto foi um grande passo incrementado e acelerado nas últimas décadas pelos efeitos da perícia do DNA nas ações de investigação e negatória de paternidade. De tal modo que coexistem vários tipos de paternidade e maternidade em nossa doutrina e jurisprudência, a biológica, a social/afetiva e a jurídica. E as tecnologias reprodutivas, igualmente, têm o condão de transgressão de modelos, trazendo ao direito questões inauditas sobre a parentalidade. Ao se admitir outras verdades que extrapolam a lógica interna positivada da imputação, o poder simbólico do direito em dizer o que é direito volatiliza-se no social que coloca em xeque sua exclusividade, sua relatividade enquanto construção histórica²⁹¹.

Relações concretas de vivências familiares trazidas pelos novos estudos sobre as famílias, vindo especialmente das ciências sociais, mostram-nos as mutações do parentesco na atualidade, ampliando o hiato do direito com o real.

vol. 271, p. 45). Ainda, a tendência à consideração do afeto na órbita das relações familiares e parentais pode ser vislumbrada nos Congressos Brasileiros de Direito de família: Colares, Marcos Antonio P. "Legislando sobre o afeto: questões sobre a familiaridade no Brasil" e Carbonera, Silvana Maria. "O papel jurídico do afeto nas relações de família", ambos em PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o Direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Ainda: Lôbo, P.L.N. "Princípio jurídico da afetividade na filiação", In: Pereira, Rodrigo da Cunha. *A Família na Travessia do Milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Welter, Pedro Belmiro. "Investigação de Paternidade Socioafetiva", *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 87-90.

²⁹¹ Delmas-Marty utiliza-se do termo "hominização jurídica" a volta do direito ao ser humano, à pessoa, dentro de uma concepção relativa do direito. V. "Acesso à humanidade em termos jurídicos", p. 227-235. Morin, E. (org.). *O Desafio do Século XXI*. Religar os conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

O divórcio e a separação judicial transformaram-se nos vetores das duas grandes mudanças no plano familiar a partir dos anos 70²⁹²: a família recomposta e a família monoparental.

A recomposição familiar cria vínculos de parentesco e afinidade entre padrastos, madrastas, enteados, irmãos bilaterais e unilaterais que extrapolam o conteúdo normativo das palavras. Juridicamente, conquanto essas pessoas não possam casar-se entre si e não têm direitos civis, como prestação alimentícia, direito ao nome e sucessórios; na prática, os laços criados entre os membros dessa família extrapolam essas limitações, pela parentalidade afetiva e pela ética do cuidado, deixando as estruturas tradicionais da família inaplicáveis a esses fatos²⁹³: um silêncio jurídico que contrasta fortemente com a realidade²⁹⁴. As Estatísticas do Registro Civil de 2006²⁹⁵ demonstram essa

²⁹² Com a Lei do Divórcio de 1977 e, mais recentemente, a Lei n. 11.441/2007, que dispõe acerca da separação e o divórcio por escritura pública quando consensual e sem filhos menores do casal, lei esta que fortalece a tendência de dissolução da sociedade conjugal por mútuo consentimento. Em 2005, da totalidade de separações, 76% são consensuais e da mostra dos divórcios, 70% são consensuais, segundo as Estatísticas do Registro Civil.

²⁹³ Idêntica constatação dá-se em análises sobre as famílias na Europa, merecendo destaque a importante pesquisa realizada por Irène Théry, na França, que apresenta as famílias recompostas como produto de uniões sucessivas que se tornaram um componente importante da paisagem familiar, compreendidas não como fatalidade diante da dispersão e da dissolução do casal e um retorno à família nuclear, forma elaborada pelo direito nas décadas de 60 e 70 naquele país. Mas, sim, como nos anos 90, na busca de preservar os vínculos da criança com a primeira família e que, na verdade, essas novas formas de recomposição familiar supõem que sejam restabelecidos e discutidos os lugares do parentesco e da coparentalidade. (*Couple, Filiation et Parente Aujourd'hui. L'ê droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Paris: Editions Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p. 210).

²⁹⁴ Théry, I. *Couple, Filiation et Parente Aujourd'hui*, p. 211.

forte tendência na sociedade. O aumento progressivo de casamentos civis entre pessoas solteiras e divorciadas, e entre divorciados é uma constatação que vem crescendo nos últimos anos, ao passo que há declínio de matrimônio entre solteiros, sendo que a grande maioria (68,9%) possui filhos do casamento anterior, com guarda da mulher (89,2%). A recomposição familiar é uma das características das relações conjugais atuais, ampliando as situações afetivas da parentalidade e o tipo de estrutura familiar. E os Indicadores Sociais de 2007²⁹⁶ que trazem à tona o crescimento de famílias²⁹⁷ unipessoais e das famílias monoparentais sob a responsabilidade da mulher (15,3%) e do homem (1,9%), fato este representativo das mudanças do espaço doméstico no que se refere às relações de gênero, pois não há cônjuge em 79,3% das famílias monoparentais sob referência econômica da mulher.

Os arranjos familiares da atualidade apresentam, dentre outras causas de ordem econômica e social, sua marca na autodeterminação, no laço de

²⁹⁵ Referem-se às informações prestadas pelo Judiciário e aos casamentos civis indicados nos Cartório de Registro de Pessoas naturais. Dados do IBGE, disponíveis em:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/registrocivil_2006.pdf

²⁹⁶ Pesquisa disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2007/indic_sociais2007.pdf

²⁹⁷ O IBGE considera família o grupo limitado pela condição de residência em um mesmo domicílio, podendo ou não haver vínculo de parentesco e de conjugalidade, havendo: famílias unipessoais, famílias com e sem parentesco, para contemplar outras realidades sociais, como agrupamentos entre irmãos e amigos. Entretanto, há que se dizer que na realidade social nem sempre as famílias encontram-se delimitadas pela residência, por questões muitas vezes de ordem econômica e profissional, havendo uma pluralidade de domicílios pelo quais as famílias transitam.

afetividade e cuidado entre as pessoas. A ética do afeto²⁹⁸ e a ética do cuidado²⁹⁹ são os fios de Ariadne para a compreensão de um novo Direito de família, como luta por direitos de diversidade, que pode conduzir ao reposicionamento político dos tribunais para o multiculturalismo³⁰⁰ voltado às pessoas concretas, plurais, como conceitos alternativos de igualdade.

Dentro das perspectivas da ética do cuidado e da diversidade de realidades familiares frente à unicidade do modelo jurídico³⁰¹, pesquisas etnográficas realizadas sobre a circulação de crianças entre a população

²⁹⁸ Assim resume o renomado jurista italiano Perlingieri: "O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar" (Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução do Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244).

²⁹⁹ Há uma associação do "cuidar" a uma cultura feminina, intrínseca a um saber empírico sobre a maternagem, da gravidez, ao parto, amamentação, à família, passando pela normalização dos cuidados na vida doméstica. Dentre outros, ver: Scavone, L. "Dar a vida e cuidar da vida: sobre maternidade e saúde", p. 127-140. Scavone, L. *Dar a vida e cuidar da vida*. Feminismo e Ciências Sociais. São Paulo: UNESP, 2001; Joaquim, Teresa. *Cuidar dos outros, cuidar de si*. Questões em torno da maternidade. Viseu: Livros Horizonte, 2006. Sob a ótica do direito, o princípio do cuidado como elemento jurídico a ser integrado, inclusive com associação da ética do cuidado como um feminino ao lado da justiça, enquanto racionalidade masculina burilada desde Aristóteles (*Ética a Nicômaco*), ver a recente coletânea de juristas portugueses e brasileiros sobre o tema: Oliveira, G.; Pereira, T. S. (orgs.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³⁰⁰ Santos, B. S. "Poderá o direito ser emancipatório?", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, mai/2003, p. 39.

³⁰¹ Ou, ainda, dentro do princípio da solidariedade familiar em contrapartida ao individualismo, tema debatido no VI Congresso Brasileiro de Direito de família, realizado em 2007, em Belo Horizonte, pelo Instituto de Direito de família – IBDFAM. Íntegra das apresentações disponíveis em: <http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>

economicamente mais vulnerável do sul do país evidenciando critérios de famílias estendidas com crianças cuidadas por avós³⁰². Esse contato entre gerações é uma das marcas da solidariedade da rede familiar que, por um lado completa a fragilidade do Estado em prover políticas públicas e recursos adequados à educação das crianças e adolescentes³⁰³, mas, por outro, são formas de estenderem-se relações do cuidar e do afeto. Em terceiro lugar, mostra que ao circularem crianças entre várias “mães” (biológica, madrinha, vizinha ou avó) relativiza-se a exclusivista abstração do modelo jurídico de bi ou monoparentalidade, trazendo a problemática da pluriparentalidade para o direito, nomeadamente no caso da adoção:

A noção de adoção, tal como foi definida pelos legisladores, está ligada a esta idéia de família ‘moderna’. Com a relativização deste valor, somos levados a pensar novas modalidades de adoção. Por que, por exemplo, uma criança não poderia ser adotada por um grupo, uma linhagem? Por uma mulher e sua mãe? Por dois irmãos? E, mais importante,

³⁰² Cláudia Fonseca, a partir dos dados etnográficos, demonstra a fluidez dos limites da unidade doméstica, observando que: “A flexibilidade da unidade doméstica e as extensas redes de parentesco faziam com que a família nuclear raramente tivesse a necessidade ou a oportunidade de cultivar a intimidade entre pai, mãe e filhos. A presença de avós na vida do casal foi destacada em trinta e dois processos. Evidentemente, era prática corrente um casal morar com os pais de um deles – provavelmente mais na capital do que no interior, por causa da explosão da população urbana. Frequentemente não era o marido que ia ao cartório declarar o nascimento do filho, mas sim o avô, bisavô (...). Podemos imaginar que, no dia-a-dia dessas famílias extensas, a responsabilidade pelos cuidados cotidianos dos filhos não ficava exclusivamente com os pais” (*Caminhos da Adoção*. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 51-52).

³⁰³ Sobre o tema, ver: Portugal, Sílvia. *Novas famílias, modos antigos: as redes sociais na produção de bem-estar*. Universidade de Coimbra, 2006.

por que uma criança deveria assumir a identidade de sua nova família, com a exclusão da família biológica? Desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação começa a desprender-se do modelo conjugal, permitindo que solteiros (viúvos ou separados) adotem crianças. Há de se perguntar, no entanto, se ela leva em consideração de forma sistemática a importância da rede familiar na realidade brasileira³⁰⁴.

Nas famílias estendidas há pluriparentalidade com a responsabilidade do cuidar assumida por pessoas não diretamente ligadas à procriação ou detentoras do poder familiar. Estudos etnográficos apontam para casos de famílias recompostas homoparentais lésbicas, nas periferias de grandes centros, com preexistência de uma relação heterossexual anterior, sendo o cuidado com os filhos compartilhado entre o pai biológico (não presente e não responsável), a mãe biológica e a mãe afetiva (madrasta), que vive em conjugalidade e assume encargos de maternagem, além da presença de avós e/ou outras mulheres agregadas. A organização das famílias homoparentais foge à regra da complementaridade natural entre os sexos, expõe os aspectos sociais do parentesco e da parentalidade constituídos sob a ética do afeto, cuidado e solidariedade. Dessas alianças sociais advém que as esferas de conjugalidade, sexualidade, procriação e filiação não se dispõem em um eixo comum, único, enquanto explicativo biológico³⁰⁵.

Por extensão, nas tecnologias reprodutivas relativizam-se os conceitos normalizados e estanques de pai e de mãe, embora a essas técnicas apenas

³⁰⁴ Fonseca, C. *Caminhos da Adoção*, p. 126.

³⁰⁵ Medeiros, C. P. “Uma família de mulheres’: ensaio etnográfico sobre a homoparentalidade na periferia de São Paulo”, *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 544-545.

uma pequeníssima parcela da sociedade tem possibilidade de aceder, quer pelos limites legais, quer pelos econômicos. Nesse ponto distancia-se da adoção, pois os direitos da criança em ser integrada a uma família substituta pressupõem uma genitora em condição muitas vezes de vulnerabilidade – diz a autora, quem dá seus filhos são os párias, como as mães solteiras e os pobres –, que contrata com o Estado a perda do poder familiar e do laço de filiação, definitivamente; em contrapartida, quem obtém serviços de reprodução assistida negocia com um centro de reprodução público ou privado seu ato procriativo, escolhe os gametas a serem recebidos, o momento e a forma da gravidez, os direitos dos cônjuges sobre os embriões e o destino dos excedentários.

Igualmente, contudo, a presença da flexibilização do parentesco é um fato notável nas tecnologias reprodutivas por abrir, à força do poder científico-econômico, a alguns pais que desejam concretizar um projeto parental, possibilita o afrontamento da dissociação entre o componente biológico, familiar e genealógico da filiação³⁰⁶, colocando sob análise seus princípios científicos e práticos.

Advém de outros saberes a maleabilidade dos estudos de parentesco e parentalidade, dando complexidade transdisciplinar ao direito que tende a auto-reproduzir os parâmetros da heteroparentalidade consangüínea e da continuidade da dominação de gênero na procriação, ao clarificar nas linhas de uma das pesquisas antropológicas sobre a procriação aspectos que culturais que transcendem em muito a concepção jurídica de parentalidade:

³⁰⁶ Théry, Irène. "Penser la filiation". *Sciences Humaines* (dossier), 101, 2000, p. 31.

Al hablar de reproducción, se entiende no la biología, sino lo que a ella se vincula. No se trata sólo de la organización sociocultural de aspectos biológicos (imprescindibles para la reposición del grupo) sino también de formas culturalmente variables de ordenar la cría e cuidado de los hijos. (...) la antropología de la procreación tiene que ver con la forma en que las sociedades conceptualizan y organizan la fecundación, el embarazo y el parto, pero también con la lactancia o el cuidar y socializar a la prole³⁰⁷.

O religar do direito com as ciências sociais e biológicas dá ao direito uma amplitude maior da idéia de parentalidade em sua dimensão sociocultural do biológico e do cuidado e integração dos filhos nas famílias e na sociedade. É um pequeno passo para a compreensão do outro, do diferente, do diverso, do estranho ao que é posto pelo direito, que implica em transgredir profundamente um modelo de pensamento jurídico – pretensamente neutro, universal, formal, abstrato, racional, disciplinar, segmentado, dito igualitário e democrático aos sujeitos categorizados que institui como titulares – e instá-lo à auto-reflexão e visibilidade daquilo que é emoldurado pelo “legítimo”, como uma visão específica de dominação hegemônica frente à profusão do “ilegítimo” presente nas práticas sociais de outros sujeitos, não categorizados. Nesse passo, cabe lembrar as palavras de Geertz ao preconizar sobre as dificuldades de se compreender o diverso, o diferente mesmo diante de um mundo globalizado de “enorme colagem” – estendível ao direito: normaliza o diverso pela redução e/ou exclusão frente ao modelo –, como uma prática:

A dificuldade disso é imensa, como sempre foi.

Compreender aquilo que, de uma dada maneira ou forma, nos

³⁰⁷ Rebollo, J. G. *Procreación, género e identidad*, p. 213.

é estranho e tende a continuar a sê-lo, sem aparar suas arestas com vagos murmúrios sobre a humanidade comum, sem desarmá-lo como indiferentismo do 'a cada um a sua sentença', e sem descartá-lo como encantador, adorável até, mas sem importância, é uma habilidade que temos de aprender duramente e, depois de havê-la aprendido, sempre de maneira muito imperfeita, temos de trabalhar continuamente para manter viva; não se trata de uma capacidade inata, como a percepção de profundidade ou o senso de equilíbrio, em que possamos confiar plenamente³⁰⁸.

³⁰⁸ Geertz, Clifford. "Os usos da diversidade", p. 68-85. Geertz, C. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 84-85.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As escassas menções da reprodução assistida no âmbito do direito de família dão mostras do *gap* entre práticas sociais, desenvolvimento científico e produção legislativa. Mas, também, podem conotar as resistências do direito em integrar elementos que tão profundamente venham a ferir os pressupostos da própria família normalizada. A velocidade dos avanços científicos não repercute imediatamente na esfera jurídica, embora já presente do cotidiano das pessoas.

Limitações e persistências de um modelo jurídico de família hegemônica que se estendem até o presente são os traços que apontam para a crise paradigmática: as biotecnologias reprodutivas colocam a pós-modernidade dentro da modernidade jurídica, sem desestabilizá-la, são integradas aos discursos sobre a verdade parental, a heteronormatividade e o princípio biológico. E oferecem suporte técnico ao discurso da parentalidade hegemônica, como último recurso para a obtenção da filiação consanguínea.

É certo que as mudanças legislativas ocorridas com as novas tecnologias reprodutivas são mínimas, mas têm a sua importância ao confrontar as formas tradicionais de família contidas na codificação civil com a pós-modernidade, com a liberdade de escolha da filiação e a autodeterminação na esfera pessoal e familiar, nomeadamente as apresentadas no cenário do Judiciário.

Mas, como visto, a apreensão jurídica da ciência é mimética ao fundamento naturalizante da sexualidade e da reprodução, prescrevendo normas restritivas (inclusive as características fenotípicas do embrião

construídas à semelhança dos pais), às situações que se colocam além dessas fronteiras restritivas especialmente a homoparentalidade e a pluriparentalidade.

Daí concluir-se que o direito de família se encontra na modernidade, por sua parcialidade em não conceber a multiplicidade de arranjos familiares e sujeitos dentro da família, mantendo com força opressiva a matriz heteronormativa e consangüínea, sendo que os conflitos advindos da conjugalidade heterossexual mantêm suas soluções dentro desta matriz, na qual a ciência é sexualizada e o sexo torna-se cientificado em seu sentido essencialista e pré-discursivo³⁰⁹, sem transgredi-la.

Ambígua e paradoxalmente, da restrição reiterante da heterossexualidade, sancionadora e elástica que materializa corpos, outros espaços de condutas que a ela não se sujeitam são abertos (na parentalidade hetero, pluri, mono e homo), com novas concepções que acabam por alargar o sentido jurídico da família-padrão.

Na heteroparentalidade o uso das biotecnologias reforça o fator consangüíneo na descendência (a vontade de ter filhos biológicos ou fenotipicamente semelhantes), forjando a natureza mediante a construção do dado científico, remoldurando o essencialismo e a dominação de gênero na reprodução (a exemplo, o “caso Evans”): formas de exclusão são legitimadas pela construção normalizadora do acesso às biotecnologias, além dos recortes socioeconômicos a esses direitos reprodutivos e sexuais.

A legitimação da sujeição dá-se pela vontade de ter filhos (consentimento esclarecido), indissociavelmente interligada aos interesses

³⁰⁹ Butler, J. “Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’”, 2007.

mercadológicos e tecnológicos³¹⁰. Contudo, a normatividade emergente da concepção mediante doação de material genético de terceiro – como o óvulo de uma pessoa conhecida ou ainda “barriga de aluguel” de uma amiga da mãe, e o termo de consentimento entre as partes envolvidas nesses processos procriativos –, amplia o conceito de família tradicional ao vincular relações de amizade e confiança de terceiras pessoas diretamente à parentalidade, extrapolando os estreitos critérios jurídicos da paternidade e maternidade.

Admissível pensar que o doador/a de gametas ou a doadora de útero poderão sentir-se afetivamente ligados ao filho e conforme o arranjo feito entre as partes, participar do desenvolvimento da criança e chegar a reclamar direitos sobre ela.

Ao estarem presentes a ética do cuidado, do afeto e da amizade na tecnologia reprodutiva, para além da díade parental transpõe-se a noção de família à pluriparentalidade. Mas essas emergências de fato já ocorrem nas práticas sociais (redes de solidariedade familiar, famílias estendidas entre gerações ou entre amigos, ou ainda na circulação de crianças, na adoção legal³¹¹ e na adoção à brasileira³¹²), mas, pela primeira vez esse mecanismo

³¹⁰ Tamanini sistematiza o campo multidimensional e controvertido acerca do gênero, tecnologia e parentalidade frente às novas biotecnologias reprodutivas, colocando em debate o elemento volitivo e, a partir de Butler, “a norma cultural tecnológica que governa a materialização dos corpos”. (Tamanini, Marlene. “Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: bioética e controvérsias”, p. 73-107. *Revista de Estudos Feministas*, v. 12, n. 1, 2004).

³¹¹ Importante salientar alguns estudos que têm procurado correlacionar a diminuição das taxas de adoção no Brasil nos últimos anos com a procura maior das biotecnologias reprodutivas, por representarem uma via para a parentalidade biológica (Ramírez-Gálvez, M. C. “Deslocamentos, exclusões e consumo de tecnologias reprodutivas conceptivas”, p. 1-7).

pode ser acionado e clarificado a partir de um projeto parental planejado tecnologicamente.

Na homossexualidade, as práticas de filiação com recursos biotecnológicos tornam-se uma opção frente às dificuldades normativas para a adoção. O acesso da pessoa solteira, independentemente de sua orientação sexual, às tecnologias reprodutivas apresenta-se como um caminho viável que, a priori, evita as restrições legais do casal de gays ou lésbicas.

Com a técnica, um homossexual pode planejar e contratar com uma mulher para ter um filho, ou uma lésbica pode submeter-se à reprodução assistida com gametas fornecidos por um amigo ou por doador desconhecido. Nestes casos sempre pode ocorrer a pluriparentalidade advinda dos liames afetivos entre os participantes e a criança³¹³.

³¹² Fonseca traz a experiência etnográfica para evidenciar que a “modernidade não é tão monolítica”, ao tratar da circulação de crianças em bairros populares de Porto Alegre (1993) como “apenas uma entre várias normalidades possíveis entre as práticas familiares na sociedade complexa atual”. Num dos relatos, apresenta o caso de uma menina que assim respondeu à pergunta de quantas mães tinha: “Três: a mãe de leite, a mãe de criação e a mãe que me ganhou”, a família biológica, o pertencimento social pela transmissão do leite e o parentesco relacional da criação, concluindo que “o parentesco aqui não se limita ao aspecto biológico, elemento imanente no indivíduo, mas é algo que se nutre na relação social ao longo da vida” (Fonseca, Cláudia. “Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros”, *Psicologia USP*, São Paulo, v. 13, n. 2, 2002)

³¹³ No Canadá, país que admite a homoparentalidade, mas não a pluriparentalidade, Érica Souza faz um estudo etnográfico sobre famílias de lésbicas que planejaram o parentalidade, narrando especificamente um caso em que estavam envolvidos um casal de gays (o doador de sêmen e seu companheiro) e um casal de lésbicas (a receptora e sua companheira). Com o nascimento da criança, todos os envolvidos, a mãe biológica, a mãe social, o pai biológico e o pai social participavam da criação, mesmo não sendo reconhecidos pela legislação (Souza, E. “Maternidade lésbica e novas tecnologias reprodutivas: um relato sobre

Nesse sentido, diferentemente do compreendido por Strathern, no caso das “mães virgens” que “o gênero sempre designa pessoas para um ou outro papel”³¹⁴, esse modelo perde sua centralidade diante dos casos de pais homossexuais, famílias recompostas, famílias estendidas, pluriparentalidades, embriões criopreservados, mercantilização internacional de gametas, políticas globalizantes para o implemento das técnicas de inseminação artificial, diante da complexidade das relações afetivas.

Sensível a isso, Butler ressalta que essas

novas ‘famílias’, nas quais as relações de filiação não se baseiam na biologia, são, às vezes condicionadas por inovações da biotecnologia ou pelas relações de *commodities* internacionais e do comércio de crianças. (...) Mas existem também conseqüências claramente salutares de ruptura da ordem simbólica, dado que os laços de parentesco que vinculam as pessoas umas às outras podem ser nada mais nada menos que a intensificação de laços comunitários, que podem, ou não, ser baseados em relações sexuais exclusivas ou duradouras, e bem podem consistir em relações de ex-amantes, não-amantes, amigos, membros da comunidade³¹⁵.

casos canadenses”, p. 135-162. Ferreira, V.; Ávila, M. B.; Portella, A. P. (orgs.). *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*, 2007).

³¹⁴ Sustenta: “As práticas conceptivas separaram sexo de procriação, mas não procriação de sexo; as tecnologias reprodutivas mais recentes separaram procriação de sexo – pelo menos no que se refere à fertilização e implantação do embrião. Mas o debate sobre a Síndrome do Nascimento Virgem sugere que, no que se refere à definição de pais, certamente não separaram procriação de relações de gênero.” (“Necessidade de Pais, Necessidade de Mães”, p. 329).

³¹⁵ Butler, J. “Parentesco é sempre tido como heterossexual?”, p. 254-255.

Com isso a autora traz as fronteiras do parentesco para a comunidade, dentro de uma concepção da amizade, deslocando a centralidade das relações biológicas, sexuais e conjugais. O “laço durável”, comunitário, que não se reduz à forma tradicional de família nuclear, da família-tipo que normaliza sexo, gênero, conjugalidade, reprodução e parentalidade. A família-tipo esgota em si mesma essas perspectivas, mostrando sua incompletude, suas fronteiras, sua violência com o “outro” que não lhe é inteligível. A parentalidade nessas “novas famílias” traz a crítica do caráter causal e redutor dessas vinculações e abre possibilidades dantes não previstas pela forma hegemônica de legitimar a experiência familiar³¹⁶.

A questão da heterogeneidade emergente com o uso das novas tecnologias reprodutivas, não provém exclusivamente das relações entre os campos científico e jurídico, mas também de sua conectividade com outros campos, que, aos poucos, foram trazendo ao direito, formas diversas de família e parentalidade: as famílias alargadas, recompostas, a adoção à brasileira, a circulação de crianças, as redes de solidariedade familiar.

O tecnicismo reprodutivo traz consigo o germe da mudança de paradigmas na transição da modernidade à pós-modernidade jurídica, que encontra eco na sociedade ao ampliar e clarificar, pelas suas especificidades, neste campo questões preexistentes de heterogeneidade, de relações de gênero, de pluralismo jurídico, mesmo nas permanências hegemônicas (*law in book* e *law in action*) de um tipo familiar positivado.

³¹⁶ Butler, J. “Faire et défaire le genre”, *Multitudes*, out.-2004. Disponível em: <http://multitudes.samizdat.net/spip.php?article1629>. Acesso em: 20/01/2008.

Efetivamente, o impacto das biotecnologias na normatividade jurídica cerca-se de futuro imprevisível e instável, mas, cada vez mais, novos arranjos familiares dão mostras da desnaturalização do conceito de família. Afetividade e amizade sobrepondo-se ou somando-se à exclusividade do fator biológico, em contraponto ao discurso predominante no campo do direito, que legitima a conjugalidade e a parentalidade pela "normalidade". Outras famílias que se afastam desse padrão, exemplos de experiências concretas da transgressão para a diversidade, estão por fora da norma³¹⁷, sofrem violência, opressão e a força de sua exclusão legitimada pelo ordenamento jurídico estatal.

Roseneil, em pesquisa etnográfica com pessoas variadas (perfil sexual, idade, profissão, conjugalidade) no norte da Inglaterra (2004), observou esse movimento de deslocamento da centralidade das relações sexuais/concepção/coabitação/casamento/heteroconjugalidade para relações de apoio mútuo, solidariedade, cuidado, afetividade e o estatuto prioritário conferido à amizade, contrapondo-se à "normalidade" heteronormativa.

O componente dessas relações entre as pessoas orientados pelas "redes de fluxos da intimidade e do cuidado" dentro de um processo de individualização dá mostras de uma tendência que denomina por "queerização da vida pessoal"³¹⁸, colapsando as dicotomias hetero/homossexual, biológico/não-biológico, família/não-família.

³¹⁷ É a compreensão de Uziel para as famílias homossexuais no Brasil. (Uziel, Anna Paula et al. "Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual", *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, 2006, p. 203-227).

³¹⁸ Explica: "Há hoje um número cada vez maior de pessoas cujo viver põe em causa a divisão do social em modos de vida heterossexuais e homossexuais, e que contestam as normatividades da heterossexualidade e da hetero-relacionalidade. À medida que, cada vez mais, a vida íntima transcende não só a categoria 'família'

O dualismo biológico da diferença entre os sexos é uma realidade normativa que constrói e mantém a parentalidade dominante, mas outras vivências têm transgredido essa inteligibilidade naturalizada.

As questões ora abordadas, do uso das biotecnologias reprodutivas, da emergência de novos arranjos familiares vinculados a laços de afetividade, de cuidado, de solidariedade e de amizade, da ruptura das concepções jurídicas da hegemonia do direito operando na escala do Estado e da família nas escalas da conjugalidade heterossexual e da consangüinidade, visibilizam a transição paradigmática do monismo para o pluralismo jurídico.

Recontextualiza a relação direito/sociedade num universo ético e jurídico policêntricos: a vida familiar como um “espaço poroso”³¹⁹ entremeado por novas formas de convivência, pela normatividade estatal sobre a reprodução assistida, pela normatividade emergente das práticas sociais, pelos interesses mercadológicos e internacionais desses produtos, por centros de reprodução humana públicos e privados, pelos profissionais da saúde, pela ampliação dos atores no processo procriativo, pela maleabilidade da parentalidade e conjugalidade plurais e nas relações afetivas que diversificam, complexificam, clivam os pressupostos hegemônicos da família.

Ao movimento da centralidade do direito como campo exclusivo de normatividade tem como correspondente, o deslocar da família-tipo para a mas também o modelo do casal, certas práticas que antes poderiam ser vistas como claramente ‘homossexuais’ – como sejam colocar a amizade no centro das nossas vidas e rejeitar a convencional conjugalidade em coabitação – estão a tornar-se cada vez mais difundidas”. (Roseneil, Sacha. “Viver e amar para lá da heteronorma”, p. 47).

³¹⁹ Fonseca, C. “Da família, reprodução e parentesco: algumas considerações”. Dossiê Famílias em Movimento, p. 9-35, *Cadernos Pagu*, n. 29, 2007, p. 30.

diversidade. A complexificação³²⁰ da “normalidade” imanente ao sistema jurídico centralizado e exclusivista de família impõe ao intérprete do direito um grande desafio: de quem parte de um todo articulado e cognoscível de conhecimentos sobre o ser humano integrado à família e parentalidade dominantes, às incertezas heterogeneidade³²¹.

³²⁰ Como exemplo desse conjugar de saberes e transição paradigmática do direito, trago anexa (Anexo II) íntegra da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2006, que sem perder as especificidades do campo jurídico, aprecia a pluralidade de fontes e a diversidade no direito à adoção por casal de lésbicas .

³²¹ Morin, E. “Os desafios da complexidade”, p. 495-497.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALLARD, J.; GARAPON, A. *Os Juízes na Mundialização*. A nova revolução no direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- ALVES, A. Lindgren. "A Atualidade Retrospectiva da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos", p. 14. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/viena/lindgren_Viena.html. Acesso em: 10/04/2004.
- ALVIM, Carlos Ferraz. *Dos direitos da mulher e sua evolução*. Rio de Janeiro: Typ do Commercio Rodrigues e C., 1934.
- ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é a mulher*. Análise dos julgamentos de estupro, espancamento e homicídio. São Paulo: CEDAM, 1987.
- ARIÈS, F. *História social da criança e da família*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- ARNAUD, André- Jean. J. "Internationalisation des Droits de l'Homme et Droits de la Famille. De la globalisation au postmodernisme en droit", p. 77-104. _____. *Entre modernité et mondialisation*. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. Paris: LGDJ, 1998.
- _____. "De la globalisation au postmodernisme en droit". In: *Entre modernité et mondialisation*. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État. Paris: LGDJ, 1998.
- _____. *Critique de la Raison Juridique*. 2. Gouvernants sans frontières: Entre mondialisation et post-mondialisation. Paris: LGDJ, 2003.
- Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Paris: LGDJ, 1988.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinãs. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: O mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- _____. *Caminho Errado*. Porto: ASA Editores, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Campinas: Red Livros Editora, 2001.
- BORRILLO, Daniel. "O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional", 175-211. Loyola, M. A. (org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. "A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico", p. 209-254. _____. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- _____. *A Dominação Masculina*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- _____. *Os Usos Sociais da Ciência*. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
- _____. *Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola*. Rio de Janeiro:

EdUERJ, 2002.

BOZON, Michel. *Sociologie de la Sexualité*. Paris: Armand Colin, 2005.

BRAUNER, M. C. C. "Reinventando o Direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade", p. 79-107, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume 18, 2004.

BRUSCHINI, Cristina. "Trabalho feminino no Brasil: novas conquistas ou persistências da discriminação", disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lasa98/Bruschini.pdf>. Acesso em: 12/11/2007.

BUTLER, Judith. "O parentesco é sempre tido como heterossexual?". *Cadernos Pagu*, n. 21, 2003.

_____. "Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'" p. 153-172. Louro, G. L. (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

_____. *Problemas de Gênero*. Feminismo e subversão. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. "Faire et défaire le genre", *Multitudes*, out.-2004. Disponível em: <http://multitudes.samizdat.net/spip.php?article1629>. Acesso em: 20/01/2008.

CABRAL, Karina Melissa. *Direito da mulher de acordo com o novo Código Civil*. Leme: Editora de Direito, 2004.

CARDONE, Marly Antonieta. "Trabalho da mulher, licença-paternidade, trabalho do menor". *Revista LTr: Legislação do trabalho e previdência social*. São Paulo. v.52. n.11. p.1343-7. nov. 1988.

CARMO, Isabel do; Amâncio, Lígia. *Vozes Insubmissas*. A história das mulheres e dos homens que lutaram pela igualdade dos sexos quando era crime fazê-lo. Lisboa: Dom Quixote, 2004.

CARVALHO, Suzete. "A mulher e o direito constitucional do trabalho". *Synthesis*. São Paulo. n.9. p.56-9. 1989.

CASABONA, Carlos María Romeo. "O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos", p. 128-172. Casabona, C.M.R.; Queiroz, J.F. (coords.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Francisco Pereira; Oliveira, Guilherme. *Curso de Direito de família*. Estabelecimento da Filiação e Adopção. Vol. II, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COLLIN, Françoise. "Deconstrucción o destrucción de la diferencia de los sexos". Collin, F. *Praxis de la diferencia*. Liberación y libertad. Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

_____. "Du moderne au post-moderne". *Division du Travail, Rapports Sociaux de Sexe et de Pouvoir*. Paris: GEDISST, Seminaire 1994-1995.

COMMAILLE, Jacques. "Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection", s/d. Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm>. Acesso em: 20/08/2007.

COSTA, Suzana; MACHADO, Helena Cristina; NUNES, João Arriscado. "O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos", p. 199-233. Gonçalves, Maria Eduarda (org.). *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Dom Quixote/Observatório das Ciências e das Tecnologias, 2002.

COSTA-MARTINS, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código*

Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. "Acesso à humanidade em termos jurídicos", p. 227-235. Morin, E. (org.). *O Desafio do Século XXI*. Religar os conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

DESCARTES, R. *Discurso do Método*. "Para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências". *Descartes*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DIAS, Maria Berenice. "Investigação de paternidade e a questão da prova", disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=23>. Acesso em: 17/10/2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Elementos Críticos do Direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999 e *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

FACHIN, Rosana A. G. *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UNB, 1988.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

FARIA, Soares de. *Investigação da paternidade ilegítima*. Estudo teórico e prático do art. 365 do Código Civil brasileiro. São Paulo, Casa Mayença, 1919.

FERNANDES, Annibal. "Observações sobre a proteção do trabalho da mulher". *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. v.13. n.73. p.4-12. maio/jun. 1988.

FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João. "Entre o passado e o futuro: contributos para o debate da sociologia do direito em Portugal", p. 333-363. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 52/53, nov.-fev./1998-1999.

FERREIRA, António Casimiro. *Trabalho Procura Justiça*. Os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa. Coimbra: Almedina, 2005.

FLAX, Jane. "Pós-modernismo e relações de gênero na teoria feminista", p. 217-250. HOLLANDA, Heloísa Buarque de. *Pós-Modernismo e Política*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FONSECA, Cláudia. "A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA", *Estudos Feministas*, 12(2), maio-agosto/2004.

_____. "Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros", *Psicologia USP*, São Paulo, v. 13, n. 2, 2002.

_____. *Caminhos da Adoção*. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. "Da família, reprodução e parentesco: algumas considerações". Dossiê Famílias em Movimento, p. 9-35, *Cadernos Pagu*, n. 29, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 12ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *Um Diálogo sobre os Prazeres do Sexo. Nietzsche, Freud e Marx. Theatrum Philosophicum*. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *A Microfísica do Poder*. 18ª. Ed. São Paulo: Graal, 2003.

FRASER, Nancy. "Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero", p. 58-78. BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (orgs.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas: Editora 34, 2002.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribución o reconocimiento?* A Corunã: Fundación Paidéia Galiza, Madrid: Morata, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. "Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional", p. 496-537. TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GEERTZ, Clifford. "Os usos da diversidade", p. 68-85. _____. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade. Sexualidade, Amor, Erotismo nas Sociedades Modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GLANZ, Semy. *A Família Mutante*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODELIER, Maurice. *Métamorphoses de la parenté*. Paris: Fayard, 2004.

GOMES, Orlando. *O Novo Direito de Família*, Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952.

GROULT, Flora. *Tout à Fait le Même*. Paris: Flammarion, 1997.

HABERMAS, Jürgen. "Progresso Técnico e Mundo Social da Vida", p. 93-107. _____. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. *O Futuro da Natureza Humana. A Caminho de uma Eugenia Liberal?* Coimbra: Almedina, 2006.

HACKER, Andrew. "Mulheres no trabalho". *Diálogo*. Rio de Janeiro. v. 20, n. 4, p. 2-7, 1987.

JASPARD, Maryse. *Sociologie des Comportements Sexuels*. Paris: La Decouverte, 2005.

JOAQUIM, Teresa. *Cuidar dos outros, cuidar de si*. Questões em torno da maternidade. Viseu: Livros Horizonte, 2006.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *O que é Justiça?* 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LEMOULAND, Jean-Jacques. "Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin", *Recueil Dalloz*, 18^o. Cahier, Chronique, 1997.
- LIMA, Francisco M. M. de. "A estabilidade da mulher gestante segundo a Nova Constituição". *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. v.29. n.1. p.141-8. jan./jun. 1988.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*". Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 04/12/2007.
- _____. "Repersonalização das relações de família". Bittar, C.A. (coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LOREA, R. A. "Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual", *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006, p. 488-496.
- LOURO, Guacira Lopes. "Teoria queer – uma política pós-identitária para a educação", *Revista de Estudos Feministas*, Ano 9, 2001.
- LUNA, Naara. "Pessoa e Parentesco nas Novas Tecnologias Reprodutivas". *Estudos Feministas*, 2, 2001.
- LYOTARD, Jean-François. "A ciência pós-moderna como pesquisa de instabilidade", p. 99-110. Lyotard, J. F. *A Condição Pós-Moderna*. 8^a. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.
- MACHADO, Helena. "Dilemas e paradoxos da *cientifização* da justiça em Portugal – o caso dos perfis genéticos de ADN". *Fórum Manifesto – Centro de Estudos Sociais e Políticos*. Justiça: olhares sobre a cegueira, n. 7, 2004.
- MADALENO, Rolf. "A sacralização da presunção na investigação de paternidade". *Revista dos Tribunais*, Ano 88, agosto/1999.
- Mead, Margaret. *Sexo e Temperamento*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1969.
- MEDEIROS, C. P. "“Uma família de mulheres”: ensaio etnográfico sobre a homoparentalidade na periferia de São Paulo", p. 544-545. *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006.
- MELLO, Luiz. "Famillismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil". *Revista de Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, 2006.
- _____. "Outras famílias: A construção social da conjugalidade homossexual no Brasil", p. 222-223. *Cadernos Pagu*, n. 24, janeiro-junho 2005.
- MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. "Individualisme et Communautarisme: l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale", *Droit & Société*, n. 23-24, 1993. Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds023024/ds023024-11.htm>. Acesso em: 18/08/2007.
- MIES, Maria. "Novas tecnologias reprodutivas: implicações sexistas e racistas", p. 229-255. MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de família*. Volume III. Parentesco. Campinas: Bookseller, 2001.
- MISKOLCI, Richard. "Pânicos morais e controle social. Reflexões sobre o casamento gay". *Cadernos Pagu* (28), janeiro-junho/2007.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeo Moreira. *Construção Jurídica das Relações de Gênero*. O

processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORIN, Edgard. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *Em Busca dos Fundamentos Perdidos*. Textos sobre o marxismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002.

_____. "Os desafios da complexidade", p. 491-497. _____. (org.) *O Desafio do Século XXI*. Religar os conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino e feminismo*. São Paulo: s.n., 1923.

NICOLAU, Gilda. *L'influence des progres de la genetique sur le droit de la filiation*. Bordeaux: Université de Bordeaux III, 1991.

NOGUEIRA, Jaqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NUNES, João Arriscado. "A pesquisa em saúde nas ciências sociais e humanas: tendências contemporâneas". Publicações Oficina CES, n. 253, junho/2006. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/253/253.php>. Acesso em: 12/05/2007.

OLIVEIRA, Francisco de Paula de. *Manual prático do direito das mulheres: estudo da condição da mulher no direito civil, industrial, comercial*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1932.

OLIVEIRA, Guilherme de. "Pós-fácio". Oliveira, G.; Pereira, T. S. (orgs.). *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. "O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 25, jul.-dec. 2006.

PEDROSO, João. "Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial". *Oficina n. 171/CES*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução do Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. *Uma história das mulheres*. Porto: Asa, 2007.

PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma, fato e valor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

PIMENTEL, Sílvia; Di Giorgi, Betriz; Piovesan, Flávia. *A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTUGAL, Sílvia. *Novas famílias, modos antigos: as redes sociais na produção de bem-estar*. Universidade de Coimbra, 2006.

PRINS, B; MEIJER, I. "Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler", p.155-167. *Revista de Estudos Feministas*, 10, n. 1, 2002.

RAGO, Margareth. "E se Nietzsche tivesse razão? A categoria do gênero no pós-estruturalismo", 43-57. Scavone, L. (org.) *Tecnologias Reprodutivas*. São Paulo: UNESP, 1996.

RAMALHO, Maria Irene. "A sogra de Rute ou intersexualidades". SANTOS, Boaventura de Souza (org.) *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. "Os estudos sobre as mulheres e o saber". *Ex Aequo*. Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres. Oeiras: Celta, n. 5, 2001.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. "A fertilização tecnológica de nossos corpos", p. 23 a 38. FERREIRA, Verônica; ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula (orgs.) *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, 2006.

_____. "Deslocamentos, exclusões e consumo de tecnologias reprodutivas conceptivas", p. 1-7. Disponível em: http://www.fazendogenero7.ufsc.br/artigos/M/Martha_Celia_Ramirez_Galvez_43.pdf. Acesso em: 20/01/2008.

RÁO, Vicente. *Da capacidade civil da mulher casada: estudo theorico-prático segundo o código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1922.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe*. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

REBOLLO, Jorge Grau. *Procreación, género e identidad*. Debates actuales sobre el parentesco y la familia en clave transcultural. Barcelona: Bellaterra, 2006

RIOS, Roger Raupp. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007 e *A homossexualidade no direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

RIOS, Roger Raupp. "A discriminação por gênero e por orientação sexual". Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadermos/vol24/artigo05.pdf>. Acesso em: 24/11/2007.

ROSENEIL, Sasha. "Viver e amar para lá da heteronorma", p. 33-51. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 76, dezembro 2006.

ROTANIA, Alejandra A. "Dossiê da Reprodução Humana Assistida", da Rede Feminina de Saúde, 2003. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EA%20Reprodu%E7%E3o%20Humana%20Assistida.pdf>. Acesso em: 08/10/2007.

RUZIK, Carlos E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAAD, Ricardo Nacim. "O epílogo das restrições ao trabalho da mulher". *LTr*: suplemento trabalhista. São Paulo. v.25. n.111. p.547-8. 1989.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. "O Estatuto Teórico da Violência de Gênero", p. 147-165. Santos, José Vicente Tavares (org.). *Violência em Tempo de Globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

_____. "Gênero e Patriarcado", p. 43-59. VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de. (orgs.) *A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. "Já se mete a colher em briga de marido e mulher". *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 13, n. 4, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. "Direito e Democracia: a reforma global da justiça", p. 125-

176. PUREZA, J.; FERREIRA, A. C. (orgs.). *A Teia Global: Movimentos Sociais e Instituições*. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

_____. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. "A construção multicultural da igualdade e da diferença". Centro de Estudos Sociais, Coimbra, *Oficina do CES*, n. 135, janeiro/1999.

_____. "Poderá o direito ser emancipatório?", p. 3-77. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, maio de 2003.

_____. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 14ª. ed. Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, B.S.; MARQUES, M.M.L.; PEDROSO, J.; FERREIRA, P.L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. O caso português. Porto: Afrontamento, 1996.

SARDENBERG, Cecília M. Bacellar; COSTA, Ana Alice A. (orgs.) *Feminismo, Ciência e Tecnologia*. Salvador: REDOR/NEM-FFCH/UFBA, 2002.

SCAVONE, Lucila. "Novas tecnologias conceptivas: teorias e políticas feministas", p. 13-22. FERREIRA, V.; ÁVILA, M. B.; PORTELLA, A. P. (orgs.). *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2006.

_____. "Direitos reprodutivos, políticas de saúde e gênero". *Dar a Vida e Cuidar da Vida*. Feminismo e Ciências Sociais. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. "Maternidade: transformações na família e nas relações de gênero". *Interface*. Comunicação, Saúde e Educação. Vol. 8, fev./2001. Disponível em: <http://www.interface.org.br/revista8/ensaio3.pdf>. Acesso em: 18/04/2007.

Scavone, Lucila (org.). *Tecnologias Reprodutivas*. São Paulo: UNESP, 1996.

SCOTT, Joan W. "O enigma da igualdade". *Revista de Estudos Feministas*, jan.-abr., ano/vol. 13, n. 01, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005.

_____. *La citoyenne paradoxale*. Les féministes françaises et les droits de l'homme. Paris: Editions Albin Michel, 1998.

_____. The dilemma of difference. *Parité! Sexual equality and the crisis of French universalism*. Chicago: The University Chicago Press, 2005.

_____. "Gênero: uma categoria útil para a análise histórica". Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/generodh/gen_categoria.html. Acesso em: 20/11/2007.

SOUZA NETO, Paulino J. Soares. *Da condição da mulher casada*. Rio de Janeiro: s.n., 1932.

NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino e feminismo*. São Paulo: s.n., 1923.

SOUZA, E. "Maternidade lésbica e novas tecnologias reprodutivas: um relato sobre casos canadenses", p. 135-162. FERREIRA, V.; ÁVILA, M. B.; PORTELLA, A. P. (orgs.). *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*, Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2006.

STRATHERN, Marilyn. "Necessidade de pais, necessidade de mães", p. 303-328. *Estudos Feministas*, n. 2, 1995.

TABAK, Fanny. "A lei como instrumento de mudança social", p. 31-55. TABAK, F.; VERUCCI, F. (orgs.). *A Difícil Igualdade*. Os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro:

Relume-Dumará, 1994.

TAIN, Laurence. "Um filho *quando* eu quiser?: o caso da França contemporânea". *Estudos Feministas*, 13(1): 216, jan.-abr./2005.

TAMANINI, Marlene. "Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: bioética e controvérsias", p. 73-107. *Revista de Estudos Feministas*, v. 12, n. 1, 2004.

TARNOVSKI, Flávio L. "Pai é tudo igual?": significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais", p.385-414. PISCITELLI, Adriana; GREGORI, Maria F.; CARRARA, Sérgio. *Sexualidades e Saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

TAVARES, M. S. G. "Tecnologias reprodutivas: implicações na saúde da mulher", p. 217 e ss. SCAVONE, L. (org.). *Tecnologias Reprodutivas: gênero e ciência*. São Paulo: UNESP, 1996.

TELES, Maria Amélia de A. *O que são os direitos humanos das mulheres*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

_____. *Os cursos de direito e a perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THÉRY, Irène. "Penser la filiation". *Sciences Humaines* (dossier), 101, 2000.

_____. *Couple, Filiation et Parente Aujourd'hui*. Lê droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Paris: Editions Odile Jacob/La Documentation française, 1998.

TUPINAMBÁ, Roberta. "O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares, p. 368. OLIVEIRA, G.; PEREIRA, T. S. (orgs.) *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UZIEL, Anna Paula et al. "Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual", p. 203-227. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, 2006.

VAMPRÉ, Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*. Theoria Geral do Direito e Direito de família, vol. I, Rio de Janeiro, F. Briguier, 1920.

VARIKAS, Eleni. *Penser le sexe et le genre*. Paris: PUF, 2006.

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

VENTURA, Miriam. "Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual", p. 141-169. Rios, R. R. (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

VERUCCI, Florisa. "Mulher e família na nova Constituição brasileira", p. 55-77. TABAK, F.; VERUCCI, F. (orgs.). *A Díficil Igualdade*. Os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *O Direito da Mulher em Mutação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VILLELA, João Batista. "Desbiologização da paternidade". *Revista Forense*, vol. 271, 2001.

ZAMBERLAM, Cristina O. *Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea*. Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZAMBRANO, Elizabeth. "Parentalidades 'impensáveis': pais/mães homossexuais, travestis e transexuais", p. 123-147. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, 2006.

ANEXO I

Centros de reprodução humana cadastrados na Rede Latioamericana de Reprodução Assistida, 2004.

ESTADOS	INSTITUIÇÕES	FUNDAÇÃO
SÃO PAULO	(24)	
São Paulo	Centro de Investigação Humana	1983
	Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih	1986
	DIASON – Divisão de Fertilização Assistida	1987
	FERTICLIN – Clínica de Fertilidade Humana	1988
	PROFERT – Programa de Reprodução Assistida	1989
	Hospital Pérola Byington	1991
	FERTILITY – Centro de Fertilização Assistida	1992
	HUNTINGTON – Centro de Medicina Reprodutiva	1995
	CEPERH – Centro de Endoscopia Pélvica e Reprodução Humana	1996
	Centro de Reprodução Humana FERTIVITRO Ltda.	2001
	Serviço de Reprodução Humana, Hospital e Maternidade Santa Joana	2001
	Projeto ALFA	2003
	Centro de Reprodução Humana Monteleone	2004
	Unidade de Reprodução Humana do Hospital Israelita Albert	-

	Einstein	
Ribeirão Preto	Centro de Reprodução Humana. Fundação Maternidade de “Sinhá Junqueira” (CRH)	-
	Centro de Reprodução Humana Professor Franco Júnior	1988
	Laboratório de Reprodução Humana do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto.	1992
	Clínica MATIX	2000
Campinas	ANDROFERT – Clínica de Andrologia e Reprodução Humana SC Ltda.	1996
	Centro de Reprodução Humana de Campinas	1997
Santos	CLINIMATER	1992
São José dos Campos	Clínica REPROFERTY	1989
São José do Rio Preto	IMR – Instituto de Medicina Reprodutiva e Fetal	1992
	Centro de Reprodução Humana do São José do Rio Preto	1996
RIO GRANDE DO SUL	(06)	
Porto Alegre	FERTILITAT – Centro de Medicina Reprodutiva	1991
	SEGIR – Serviço de Ecografia, Genética e Reprodução Humana	1993
	PROGEST	2000
	Centro de Reprodução Humana Nilo Frantz	2003
	GERAR – Centro de Reprodução Humana do Hospital Moinhos do Vento	2003
Passo Fundo	GENESIS – Clínica de Reprodução Humana	1989

MINAS GERAIS	(06)	
Belo Horizonte	Laboratorio de Reproducción do Hospital das Clínicas/UFGM	1992
	Clínica ORIGEN	1995
	Instituto de Saúde da Mulher	1997
	Clínica Pró-Criar/Hospital Mater Dei	1999
Uberlândia	FECUNDA – Instituto de Reprodução Humana	1999
Juiz de Fora	Clínica de Reprodução Humana Pró-Criar/Monte Sinai	2001
PARANÁ	(05)	
Curitiba	ANDROLAB – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia	1988
	FELICCITA – Centro Médico da Mulher S/A Ltda.	2000
	Clínica FERTWAY	2000
Londrina	CEDILON – Laboratório de Reprodução Humana	1999
Maringá	MATERBABY – Reprodução Humana e Genética	1988
RIO DE JANEIRO	(04)	
Rio de Janeiro	G&O Ginecologia e Obstetrícia da Barra	1994
	Centro de Medicina de Reprodução	1998
	HUNTINGTON – Centro de Medicina Reprodutiva	1998
	Clínica Pró-Nascer	-
DISTRITO FEDERAL	(03)	
Brasília	GÉNESIS – Centro de Assistência em Reprodução Humana Ltda.	1991

	Centro de Reprodução Assistida do Hospital Materno Infantil de Brasília	1998
	Instituto VERHUM	2005
CEARÁ	(02)	
Fortaleza	CONCEPTUS – Centro de Reprodução Humana do Ceará	1998
	CRIAR – Centro de Reprodução Assistida	1999
GOIÁS	(02)	
Goiânia	Fértil Diagnósticos – Reprodução Humana	1991
	CRAF – Centro de Reprodução Assistida/ Fêmeina Maternidade	1992
BAHIA	(02)	
Salvador	Clínica GÊNESE	1990
	CENAFERT – Centro de Medicina Reprodutiva	2002
PERNAMBUCO	(02)	
Recife	Clínica de Fertilidade GERAR	2000
	NASCER – Medicina Reprodutiva	2006
MATO GROSSO	(01)	
Cuiabá	Instituto Pérola de Reprodução Humana, Saúde e Pesquisa e Diagnóstico	2003
SANTA CATARINA	(01)	
Florianópolis	CLINIFERT – Centro de Reprodução Humana	1998
ESPÍRITO	(01)	

SANTO		
Vitória	HUNTINGTON – Centro de Medicina Reprodutiva	1994
PIAUÍ	(01)	
Teresina	CRIAR – Clínica de Reprodução Humana	2001

Fonte: Dados apresentados pela Rede Latinoamericana de Reprodução Assistida/2004

ANEXO II

Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, 7ª. Câmara Cível, Processo n. 70013801592, julgado em 05/04/2006.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.
NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70013801592

COMARCA DE BAGÉ

M.P.

APELANTE

..

L.

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **negar provimento ao apelo**.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE) E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**

Porto Alegre, 05 de abril de 2006.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, irresignado com sentença que deferiu a adoção dos menores P.H. R.M. (3 anos e 6 meses) e J.V.R.M. (2 anos e 3 meses) a LI. M. B.G., companheira da mãe adotiva dos menores L. R.M.

Sustenta que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo. Pede provimento.

Houve resposta.

Nesta instância o Ministério Público opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (RELATOR) -

A requerente LI.M.B.G., fisioterapeuta e professora universitária, postula a adoção dos menores P.H.R.M., nascido em 07.09.2002, e J.V.R.M., nascido em 26.12.2003. Relata que ambos são filhos adotivos de L.R.M., com quem a ora requerente mantém um relacionamento aos moldes de entidade familiar há oito anos.

Em anexo estão os processos em que foi deferida a adoção de ambos os menores, que são irmãos biológicos, a L.R.M.. Sinale-se que as crianças são cuidadas por L. desde o nascimento.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pleito. O recurso é do Ministério Público e se baseia na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se configura no caso, diante do fato de que a pretendente da adoção e a mãe já adotiva das crianças são pessoas do mesmo sexo. O parecer ministerial nesta instância é no sentido do provimento (ressalvado o erro material evidente na conclusão, ao dizer que opina pelo “improvimento”).

Com efeito, o art. 1.622 do Código Civil dispõe:

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável.

No caso destes autos, L. (que já é mãe adotiva dos meninos) e LI. (ora pretendente à adoção) são mulheres, o que, em princípio, por força do art. 226, § 3º, da CF e art. 1.723 do Código Civil, obstaría reconhecer que o

relacionamento entre elas entretido possa ser juridicamente definido como união estável, e, portanto, afastaria a possibilidade de adoção conjunta.

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. Dentre inúmeros outros julgados, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

*A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.*³²²

Com efeito, o tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento

³²² AC 70009550070, J.EM 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias.

jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato.

Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na

Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas de mesmo sexo. Respondendo vantajosamente a tal argumento, colaciono aqui preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes³²³, onde aquela em. jurista assim se manifesta :

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional. Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que 'qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei'.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da 'norma geral exclusiva' segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos³²⁴. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica³²⁵. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a contrario sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento a simili ou analógico.

Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação, verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade deste século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta trata-se de dispositivo constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

³²³ A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In RTDC. v. 1.p. 89/112.

³²⁴ E.Zietelman, Lücken im Recht, (1903) e D. Donati. Il problema delle ordinamento giuridico (1910) apud N. Bobbio. Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950), Brasília-São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132 e ss.

³²⁵ N. Bobbio. Teoria do Ordenamento. Op. cit. p.135.

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’³²⁶. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação’³²⁷.

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da

³²⁶ E. Alonso Garcia. *La Interpretacion de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16.

³²⁷ J.C. Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.

propriedade e da família³²⁸. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes³²⁹. É o fenômeno da 'funcionalização' das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem³³⁰.

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.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada 'união estável' o legislador constitucional impôs o

³²⁸ G. Tepedino. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350.

³²⁹ Idem.

³³⁰ P. Perlingieri. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Camerino-Napoli. ESI, 1984. p. 558.

requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

É preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social. É Villela³³¹ que assinala:

se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Na mesma senda, leciona Hérítier³³² :

Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação.

Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud que nos reporta:

Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe en effet une "dissociation entre la 'vérité biologique de l'engendrement' et la filiation". Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l'engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d'un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon

³³¹ VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.

³³² Hérítier, Françoise. A Coxa de Júpiter – reflexões sobre os novos modos de procriação. In: **Estudos Feministas**. ano 8, 1º sem 2000. p. 98.

*nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation.*³³³

Melhor esclarecendo essa perspectiva, é novamente Hérítier³³⁴ quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que em organizações sociais tidas por primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino:

Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam, depois de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A 'bréhaigne', como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de 'barus' = 'vir' em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher 'brehaigne' acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas pastoris mas assegura também o serviço de cama junto à esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do 'marido', que a transferência do gado designou

³³³ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma "dissociação entre a 'verdade biológica do engendramento' e a filiação". Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.

Nadaud, Stéphane. Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

³³⁴ Hérítier, Françoise. Op. cit. pp. 108/109.

expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na 'pai', a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engendrar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantém uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente.

Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil.

Nadaud³³⁵, em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que:

(...) globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que tous les enfants de parents homosexuels "vont bien", mais d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok³³⁶:

³³⁵ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** (...) globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais "estão bem", mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade. Nadaud, Stéphane. Op. cit. p. 302.

³³⁶ **EM TRADUÇÃO LIVRE :** O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens

Ce qui apparait clairement dans la présente étude, c'est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n'auront pas necessairement de problèmes liés à cela à l'âge adulte. De fait, les resultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne reussissent bien à l'âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l'incapacité d'um adulte à élever um enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l'orientation sexuelle de la mère pour évaluer l'intérêt de l'enfant.

Idêntica é a pesquisa de C.J. Patterson³³⁷, da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que:

Em resume, il n'existe pas de données que permettraient d'avancer que les lesbiennes et les gays ne sont pas des parents adéquats ou encore que le developpement psychosocial des enfants de gays ou de lesbiennes soit compromis, sous quelques aspect que ce soit, par rapport à celui des enfants de parents hétérosexuels. Pas une seule étude n'a constate que les enfants de parents gays ou lesbiens sont handicapés, dans quelques domaine significatif que se soit, par rapport aux enfants de parents hétérosexuels. De plus, les résultats à ce jour laissent penser que les environnements familiaux fournis par les parents gays et lesbiens sont susceptibles de soutenir et d'aider la maturation psychosociale des enfants de la même manière que ceux fournis par les parents hétérosexuels.

Na Universidade de Valência (ESP), o estudo de Navarro, Llobell e Bort³³⁸ aponta na mesma direção:

cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança.

Tasker, Fiona L. e Susan Golombok – Grandir Dans une Famille Lesbienne. In: **Homoparentalités, état des lieux**. Coord.: Martine Gross. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.

³³⁷ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais.

CJ. PATTERSON. Resultats des Recherches concernants l'homoparentalité. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

³³⁸ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidirecional que não está

Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado con la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.

Também a Academia Americana de Pediatria (American Academy of Pediatrics), em estudo coordenado por Ellen C. Perrin³³⁹, concluiu:

A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.

Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos

relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais.

Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort. Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

³³⁹ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui. **Ellen C. Perrin** : Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).
Como assinala Rolim³⁴⁰ :

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais" ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?"

Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada.

³⁴⁰ Rolim, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 31 mar. 06.

Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13/17 :

Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L. e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. Iara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li. na sua orientação sexual, "ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos" (SIU). Coloca que Lí. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V..

Com relação às crianças:

Os meninos chamam Li. e L. de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, a tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos.

Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos.

Situação atual:

Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca “a minha preocupação não é criar polêmica mais resguardá-los para o futuro” (SIU).

Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V..

(...)

Parecer:

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico. (GRIFEI)

Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.

Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.

Nego, assim, provimento ao apelo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.

Apelação Cível nº 70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARCOS DANILO EDON FRANCO

ANEXO III

Seminários, Cursos de Formação, Workshops junto ao Centro de Estudos Sociais (CES), Faculdade de Economia (FEUC) e Instituto Coimbra da Faculdade de Direito (FDUC).

Data	Tipo de Evento	Local	Temática	Palestrantes, Intervenientes e Mediadores
12 e 13/10/2006	Curso de Formação Avançada	CES	"Igualdade entre homens e mulheres: situação e perspectiva"	Virgínia Ferreira Sílvia Portugal Rosa Monteiro Lina Coelho
31/10/2006	Seminário de Pós-Graduação	CES	"Do nacional ao global: Trajetórias, sentidos e limites da sociedade civil global"	Joviles Vitório Trevisol
11/11/2006	Curso de Pós-Graduação	FDUC	"2º Curso Breve de Pós-Graduação em Consentimento Informado"	Guilherme de Oliveira
12/01/2007	Sessão Inaugural de Seminário de Pós-Graduação	Instituto Coimbra	"Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI"	Boaventura de Souza Santos José Gomes Canotilho
06/03/2007	Conferência Internacional	FEUC	"Para Além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes"	Boaventura de Souza Santos António Souza Ribeiro Margarida Calafete Ribeiro Paula Menezes Joaquín Herrera Flores Conceição Gomes João Pedroso

				Cecília MacDowell dos Santos
10 e 11/04/2007	I Workshop Luso-Brasileiro	CES	“Violências Contra as Mulheres e Políticas Públicas”	Boaventura de Souza Santos Cecília MacDoweell Santos Tatiana Moura Elza Pais Maria José Magalhães Maria Lúcia Leal Madalena Duarte Isabel Dias Virgínia Ferreira Fátima Carvalho Íris Almeida José Manuel Pureza Maria Amélia de Almeida Teles
10/05/2007	Conferência	CES	“Estado, Direito e Pluralismo Jurídico - Perspectivas a partir do Sul Global”	Boaventura de Souza Santos
17/05/2007	Conferência	CES	“Democracia, Interculturalidade e Revolução”	Boaventura de ousa Santos <u>Margarida Calafate Ribeiro</u> <u>Maria Paula Meneses</u> Teivo Teivainen <u>José Manuel Pureza</u> Diane Raby Sílvia Rodríguez Maeso <u>Giovanni Allegretti</u>
31/05/2007	Conferência Internacional	FEUC	“Islão e Cristianismo em Diálogo: uma abordagem política”	Boaventura de Souza Santos Ebrahim Moosa Teresa Toldy Mostafa Zekri Juan José Tamayo-Acosta Anselmo Borges Faranaz Keshavjee

16/07/2007	Palestra	CES	“Meu Companheiro: Quarenta anos ao lado de Luiz Carlos Prestes”	Maria Prestes
26/07/2007	Conferência	CES	“ <u>Pós-direito do trabalho e flexigurança: fragilização da cidadania laboral?</u> ”	António Casimiro Ferreira

ANEXO IV

Cronograma dos Seminários de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação “Direito, Justiça e Cidadania do Século XIX”, sob coordenação dos Professores Boaventura de Souza Santos e José Gomes Canotilho, FEUC e FDUC.

Data	Seminário	Local	Temática	Professores
De Janeiro a Julho de 2007 (Conferências realizadas às sextas, vespertino, e sábados)	1. Estado, Direito e Poder Judicial	Instituto Coimbra	1.1 - Introdução à Sociologia do Direito	António Casimiro Ferreira Boaventura de Sousa Santos
			1.2 - Problemas contemporâneos da teoria do Direito	Aroso Linhares Cecília MacDowell Santos João Arriscado Nunes
			1.3 - Sociologia do Direito contemporânea	António Casimiro Ferreira Cecília MacDowell Santos João Arriscado Nunes
			1.4 - Estado, pluralismo jurídico, globalização e justiça	Boaventura de Sousa Santos Clemens Zobel José Manuel Pureza Gomes Canotilho Paula Menezes
			1.5 - O poder judicial em transformação	Boaventura de Sousa Santos

			1.6 - As crises e as reformas da administração de justiça: entre a eficiência e a democracia	Conceição Gomes
			1.7 - O constitucionalismo e o encontro multicultural	Clemens Zobel Gomes Canotilho Paula Menezes
	2. A Transformação da Justiça: Rupturas e Continuidades	Instituto Coimbra	2.1 - O Direito e a(s) justiça(s): uma perspectiva comparada a partir do Sul	Boaventura de Sousa Santos
			2.2 - Direito e justiça de família	Guilherme de Oliveira João Pedroso
			2.3 - Direito e regulação da economia	Maria Manuel Leitão Marques Vital Moreira
			2.4 - Direito e justiça civil	Conceição Gomes Sousa Ribeiro
			2.5 - Direito e justiça criminal	Conceição Gomes
			2.6 - Direito e justiça de trabalho	António Casimiro Ferreira João Leal Amado
			2.7 - Direito e justiça administrativa	Vieira de Andrade
			2.8 - O recrutamento e a formação de magistrados e advogados: para uma nova cultura judicial	Boaventura de Sousa Santos
	3. Direitos Humanos e Acesso ao Direito e à Justiça	Instituto Coimbra	3.1 - Por uma concepção multicultural de direitos humanos	Boaventura de Sousa Santos Cecília MacDowell Santos Clemens Zobel Márcia Morikawa
			3.2 - A construção jurídica dos direitos humanos	Cecília MacDowell Santos Clemens Zobel José Manuel Pureza
			3.3 - O acesso ao Direito e à justiça: o público, o social e o mercado	Giovanni Allegretti João Pedroso
			3.4 - O acesso ao Direito e à justiça e a transformação das profissões jurídicas nos países do Norte	João Pedroso

			3.5 - O acesso ao Direito e à justiça e a transformação dos profissionais da justiça nos países do Sul	João Pedroso
			3.6 - O papel da justiça constitucional na promoção dos direitos humanos	Gomes Canotilho José Manuel Pureza
			3.7 - O acesso das mulheres ao Direito e à justiça do trabalho e da família	Cecília MacDowell Santos João Pedroso
			3.8 - Os novos (velhos) direitos fundamentais: o direito à água e à terra	Boaventura de Sousa Santos
	4. Os Novos Desafios do Direito e da Justiça	Instituto Coimbra	4.1 - A globalização e o novo Direito e justiça internacional: entre os direitos humanos e a segurança	Boaventura de Sousa Santos Cecília MacDowell Santos Márcia Morikawa
			4.2 - Os direitos das mulheres	Paula Menezes
			4.3 - A justiça e a ciência: uma relação de desconfiança	Faria Costa João Arriscado Nunes
			4.4 - O novo Direito da tecnologia e da sociedade de informação	João Arriscado Nunes Jónatas Machado
			4.5 - A vida, o Direito e a bioética	João Arriscado Nunes João Loureiro Paula Menezes
			4.6 - O ambiente e o urbanismo	Alexandra Aragão Gomes Canotilho
			4.7 - O Direito e regulação económica	Vital Moreira
			4.8 - O endividamento: um problema do presente	Catarina Frade
			4.9 - O Direito das crianças e dos jovens	Guilherme de Oliveira Paula Menezes
			4.10 - Justiça e media	Jónatas Machado

