

SOCIOLOGIA & POLÍTICA

I Seminário Nacional Sociologia & Política UFPR 2009

"Sociedade e Política em Tempos de Incerteza"

ISSN 2175-6880 (Online)



GRUPO DE TRABALHO 1 GÊNERO, CORPO, SEXUALIDADE E SAÚDE.

A QUESTÃO DA HOMOPARENTALIDADE NO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS. UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA

Cláudia Elisabeth Pozzi



www.humanas.ufpr.br/evento/SociologiaPolitica

**A QUESTÃO DA HOMOPARENTALIDADE NO USO DAS NOVAS
TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS.
UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA**

Cláudia Elisabeth Pozzi¹

RESUMO

Este trabalho integra a tese de Doutorado em Sociologia (UNESP/Araraquara), com viés interdisciplinar, intitulada “O Direito na Era das Novas Tecnologias Reprodutivas: Modelo jurídico hegemônico e heterogeneidade na parentalidade” (2008). Toma por fundamento a família hegemônica associada ao parentesco consanguíneo e ao casamento heterossexual (Rebollo, 2006). Modelo normativo que se orienta no figurino da família como união bicategorizada (Mello, 2006) e heteronormativa (Butler, 2004), entre homem e mulher, na vida conjugal e parental, neutralizando relações de gênero no espaço privado. Objetivando discutir a questão da heterogeneidade da família no campo jurídico (Bourdieu, 2002b) a partir do uso das tecnologias reprodutivas, a pesquisa analisa a produção jurídica brasileira atual (legislativa, judicial e teórica) sob a perspectiva sociológica e de gênero. E evidencia que a normatividade associada às biotecnologias gera ambivalências ao reforçar e diversificar a família clássica (Fonseca, 2007), ao delimitar o que foge ao padrão e o transgride: vivências e práticas de homoparentalidade (Le Gall, 2003). O direito dita o legítimo-normal e o ilegítimo-desviante na produção de verdades hegemônicas excludentes (Santos, 2007), e o uso das biotecnologias visibiliza novos (e velhos) conflitos que (re)aparecem na diversidade de formas de convivência familiar.

Palavras-chave: Gênero. Direito. Homoparentalidade.

Introdução

A concepção jurídica da família 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* a instrumentalização jurídica da exclusão da mulher (Scott, 1998).

Juridicamente, a família legítima vincada por relações de ordem patrimonial e patriarcal cede espaço, a partir da Constituição Federal de 1988, para novos conteúdos ético-humanistas, mas

¹ A autora é pós-doutoranda em Sociologia (CAPES/UNESP), com graduação em Sociologia (UNESP/1988) e em Direito (PUCCAMP/1997), mestrado em Direito na área da família (USP/2001) e doutorado em Sociologia (UNESP/2008).

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 jurídicos (Costa-Martins & Branco, 2002), inegavelmente em sua topografia há visibilidade à permanência dos modelos hegemônicos da família-tipo e da filiação, como permanências do capital simbólico doméstico no campo do trabalho legislativo (Bourdieu, 2002a).

E sua matriz heterossexual coloca em relevo o que permanece fora desses quadros binários, como é o caso da conjugalidade e a parentalidade de fato, construídas e vivenciadas por casais homossexuais. Isso permite clarear o pensamento jurídico dominante e a epistemologia intrínseca ao direito: a sexualidade e a reprodução enquanto dados construídos nas relações sociais e de gênero que ao serem apropriadas pelo direito, as interdita (Foucault, 2005a).

O direito não concebe 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” (Santos, 2001).

Na intolerância ao *outro* frente ao modelo, a homoparentalidade clarifica a epistemologia reducionista do campo do direito, o vínculo estruturante da heteronormatividade. Esse é o ponto de inflexão do estudo, ou seja, o uso das biotecnologias reprodutivas produz uma nova forma de o direito perceber a família? Há uma ruptura à regra da biparentalidade heterossexual e biológica?

1. Do uso das biotecnologias reprodutivas

À indagação de que o acesso ao projeto parental tecnológico teria o condão de revolucionar os postulados da bicategorização e da consangüinidade nas relações parentais tradicionais, tem-se que admitir como resposta que o direito, ao reconhecer direitos fundamentais de igualdade dentro da família, tende a acoplar aos antigos modelos outras formas de organização, sem perder, contudo, os códigos interpretativos anteriores.

Sendo a ciência jurídica essencialmente regulatória, seu entrecruzamento com essas novas práticas sociais de uso das 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.

A representação da família nuclear como um valor fundamental da vida social estruturada no casamento indissolúvel, biparentalidade heterossexual e filiação legítima, tem se transformado em reconhecimento ao pluralismo das práticas igualitárias e autodeterminação familiar (Commaille, s/d) com a democratização da vida privada (Giddens, 1993).

A fluidez das relações afetivas das sociedades contemporâneas colide com a rigidez do modelo jurídico de família marcado pela consangüinidade da rede de parentesco (Meulders-Klein, 1993), denotando uma dissociação entre o modelo regulamentado de parentesco e os usos sociais.

A compreensão 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. E dentro dessa elaboração estereotipada de pensar o masculino e o feminino associada aos atributos legais e sociais da paternidade e da maternidade, em mimetismo à natureza dá-se a bipolarização no plano da filiação.

As representações binárias, que constituem sujeitos homogeneizados, dentro dos quais as identidades masculina e feminina essencializam-se, dentro e fora da esfera privada, concretizam-se no projecto parental delimitado pela ordem jurídica. Em *Segundo Sexo* (1949), Simone de Beauvoir coloca sua célebre fórmula “On ne naît pas femme, on le devient”, tornando-se um divisor de águas: desatrela natureza e cultura, o dado e o construído, refundindo o sexo em sua dimensão histórica, para além do biológico. Estudos antropológicos da década de 50 deram ênfase a estas distinções e mudaram os percursos para a compreensão das relações entre sexo e cultura, nos quais os traços de personalidade identificados pela cultura ocidental como masculinos e femininos, marcados pelos binómios agressividade/docilidade, insuscetibilidade/suscetibilidade, impessoalidade/cuidado com necessidades alheias, maternagem e dominância/passividade; eram variáveis dentro destas sociedades.

Logo, não há 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” (Mead, 1969).

Os direitos identitários e sexuais, que perfazem há décadas a luta das teóricas feministas contra as desigualdades de gênero e pelos direitos reprodutivos, colocam um marco metodológico de 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 sexo (Scavone, 1994, p. 30).

Para além da epistemologia reducionista e racionalista, a interpretação sistemática e construtivista da subjetividade permite a percepção multidimensional e complexa do corpo e da identidade, dada a inseparabilidade dos aspectos biológicos e culturais do ser humano (Morin, 2002, p. 53). Em consequência, a identidade pessoal e sexual não pode ser uma entidade fixa e

imobilizada, fincada em aspectos binários e biologizantes, pelo contrário, é flutuante e em construção permanente.

Agacinski (1999), em fins dos anos 90, expõe suas preocupações sobre os impactos das tecnologias reprodutivas na esfera da família aportada no par de sexos diferentes, e de como isso pode mudar o padrão de família de toda a civilização ocidental, a partir da liberdade de autodeterminação das pessoas, reconhecida internacionalmente em tratados internacionais de direitos humanos e, mais especificamente dentro de nossa realidade, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No Brasil, mesmo após a edição do novo Código Civil (2002), ainda persistem as categorias tradicionais de parentalidade há visibilidade à permanência dos modelos hegemônicos da família-tipo e da filiação, como permanências do capital simbólico doméstico no campo do trabalho legislativo (Bourdieu, 2002a).

O dado natural das relações filiais circunscritas 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 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 subsequentes à dissolução da sociedade conjugal”.

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).

Certa, contudo, a preponderância do princípio biológico na procriação é a viga mestra do direito de família (Coelho & Oliveira, 2008), para a formação das relações de parentesco (Strathern, 1995), 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.

A matriz heterossexual da família coloca em relevo o que permanece fora desses quadros binários: a conjugalidade e a parentalidade de fato, construídas e vivenciadas por casais hetero ou homossexuais, sendo nesse último caso sequer mencionado pela legislação.

Com o uso das biotecnologias reprodutivas – sumariamente previstas na legislação civil dentro do dispositivo referente à filiação havida no casamento são disciplinadas, na prática, pelo código de ético do Conselho Federal de Medicina (CFM) (Resolução n. 1358/1992) –, 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 desfaz (Butler, 2003). Mantêm-se as mesmas bases da construção binária dos gêneros associados à sexualidade e os interditos, exclusões e invisibilidades daí decorrentes.

2. As políticas públicas sobre a reprodução assistida

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 infectocontagiosas (como HIV e hepatite B)², bem como hereditárias. Ainda, a Portaria n. 388, de 06 de julho de 2005, dispendo sobre a implantação das tecnologias reprodutivas³ nas secretarias de saúde dos 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 anos⁴, com comprovada infertilidade conjugal, ou seja, a ausência de 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 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 aos 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.⁵

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

² Esta já é uma prática habitual médica, conforme sustenta parecer exarado pelo 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 espermatozoides 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.

³ 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 espermas, 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.

⁴ 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).

⁵ Portaria n. 388/2005, Anexo III, Diretrizes para Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, I Diretrizes para o acompanhamento psicossocial.

proteção humana no Brasil, são excluídos: pessoas solteiras, 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 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), violando direitos fundamentais de igualdade e cidadania, inclusive o direito à monoparentalidade, enquanto um direito constitucional à procriação⁶.

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 cidadania⁷.

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.

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).

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 na rede pública e privada. Oriunda de projeto de lei proposto pelo

⁶ 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.portalmedico.org.br/pareceres/CRMSP/pareceres/1996/23436_1996.htm).

⁷ Relatório de Implantação do PNPM, SPM, Brasília, 2006, p. 70, disponível em: http://200.130.7.5/spmu/docs/pnpm_relatorio.pdf.

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 fiscalizadora e controladora dos procedimentos gerais de funcionamento dos BCTG à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁸, após consulta pública aberta em julho de 2006 (Consulta Pública n. 41).

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 assistida⁹, 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 comercializados.

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

⁸ Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 33, de 17 de fevereiro de 2006.

⁹ 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.

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.

3. O Legislativo frente ao uso das biotecnologias reprodutivas

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

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), nada obstante esse programa estar afastado da realidade jurídica, mesmo porque existem atualmente no legislativo federal poucos projetos de lei que versem sobre a matéria. Dentre os quais, tem-se o pioneiro PLC 1151/1995, de autoria da deputada Marta Suplicy, que pretende regulamentar 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, às questões de ordem patrimonial entre os conviventes: impenhorabilidade do bem de família (L. 8.009/90) (artigo 9º), direito sucessório (artigo 13), benefícios previdenciários (artigo 10), seguro-saúde conjunto (at. 16), declaração conjunta de Imposto de Renda (artigo 17), direito à nacionalidade (artigo 15), renda conjunta para a compra de imóveis (artigo 16).

Mas o 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 a conjugalidade entre as pessoas do mesmo sexo, estabelecendo uma linha divisória entre a família heterossexual e as demais formações afetivas.

Ainda na mesma linha de demarcação, o PLC 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:

Artigo 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.

Dando seguimento a proteção do patrimônio do casal homossexual, prevê direitos sucessórios analogamente aos companheiros na união estável (artigo 1.790, do Código Civil). Ainda neste viés, as questões previdenciárias entre companheiros encontram-se no PLC 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. Especificamente sobre o pagamento de tributos, o PLC 3712/2008 pretende incluir a situação de dependente, o(a) companheiro(a) do(a) contribuinte.

O Projeto de Emenda Constitucional em trâmite na Câmara dos Deputados (PEM 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 (artigo 7º, XXX e artigo 3º, IV) e, na legislação infraconstitucional, dos PLCs 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. Há um número significativo de projetos que expressamente proíbem a adoção por pessoas do mesmo sexo (PLC 4508/2008, apenso ao PLC 2285/2007 e PLC 3323/2007, apenso ao PLC 1756/2003) e, ainda, o PLC 5167/2009 (apenso ao PLC 580/2007) pretende estabelecer que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar. Contrariamente, o PLC 4914/2009 tem por fim aplicar às relações de pessoas de mesmo sexo os mesmos direitos e obrigações reconhecidos na união estável. Este na mesma linha do PLC 2285/2007 (“Estatuto das Famílias”), que pretende dar autonomia legislativa ao direito de família, como legislação especial extravagante ao Código Civil. Concebe o direito de família como um direito fundamental (artigo 2º), orientado por princípios como a igualdade de gêneros e dignidade (artigo 3º), com respeito à diversidade de orientação sexual (artigo 7º). Reconhece a possibilidade de parentesco socioafetivo ao lado do consanguíneo (artigo 10) e a união homoafetiva (artigo 68).

A tendência do sistema é reconhecer novos direitos, regulando-os no âmbito dos modelos jurídicos de família dentro dos códigos interpretativos hegemônicos. Mesmo no PLC 2285 há disposição minudenciada do *casamento*, posteriormente, com menor rigor de detalhamento, a *união estável* entre homem e a mulher e, sumariamente, a *união homoafetiva*. São restos de estruturas que se mantêm.

Assim, a nova lei sobre a adoção, Lei n. 12010, de 29 de Julho de 2009, deixa de fazer previsão expressa da possibilidade de adotar das pessoas do mesmo sexo, do mesmo modo que a Lei n. 11.698, de 13 de Junho de 2008, que prevê o compartilhamento da guarda pelo *pai* e pela *mãe*, não o faz.

Tais contradições encontram-se presentes na aplicação dos textos legislativos em vigência no Brasil que não prevêm a diversidade no campo da família e são objeto de tensão e contradições no Judiciário. Nesse contexto, certamente ainda a atualidade de Foucault (2005b) ao defender, há mais de três décadas, que as questões de orientação sexual “são problemas referentes à inserção e ao reconhecimento – no plano jurídico e social – de relações diferentes entre indivíduos que é necessário abordar”.

Essa tensão no plano da elaboração das leis que circunda a homoconjugalidade estende-se também à parentalidade exercida por casal homossexual, por adoção ou mediante o uso de tecnologias reprodutivas, levando recentemente à Corte Suprema do Brasil a ter que se pronunciar. É o caso da recente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 178, promovida pela Procuradoria Geral da República, que resulta da representação formulada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria dos Direitos do Cidadão acompanhada de pareceres jurídicos e de cópias de decisões judiciais violadoras de normas fundamentais que não reconhecem os direitos de constituir família dos homossexuais. Objetivando ampliar o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 que restringe a união estável às pessoas somente entre home e mulher, a ADPF 178 pretende que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie a favor da constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e ser tutelada pelo Estado e pelo Direito de Família.

4. A Justiça em tensão: bicategorização e princípio biológico

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 intratubária 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”), mediante inseminação homóloga ou heteróloga, dentre outros métodos, como a transferência embrionária – TE e transferência Intratubária de zigoto – ZIFT.

Na filiação assexuada, mediante procriação medicamente assistida, 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 objecto desta volição é a concordância em se submeter às técnicas de reprodução medicalizadas, a fim de procriar, de doar gâmetas, 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 embriões criopreservados, ao tratamento em centros públicos ou privados, dentre outras determinações.

Observe-se que a autoevidência da dualidade parental encontra um nível de enraizamento cultural tão profundo e naturalizado, a vontade e o sangue perpetuam os modelos da parentalidade bitecategorizada mesmo diante de situações impensáveis há poucos anos.

E, no Judiciário, repete-se a regra tendente a garantir efeitos patrimoniais para a união entre pessoas do mesmo sexo. No Superior Tribunal de Justiça, esse caminho encontra-se assentado, como por exemplo, na partilha de bens com prova do esforço comum (Recurso Especial n. 773136)¹⁰, na extensão do plano de saúde (Recurso Especial n. 238715) e na pensão por morte (Recurso Especial n. 395904).

Mas não existe consenso no campo da família, aqui, repete-se o interdito, a heteronormatividade. A ausência de dispositivo versando sobre a questão reflete na aplicação do direito uma dúplici linha interpretativa: vedação ou lacuna do direito?

Pelo caminho da vedação está a maior parte da jurisprudência brasileira, vez que a conjugalidade homossexual não se pode caracterizar nem como casamento, nem como união estável (Lei n. 9.278/96, artigo 226 da Constituição Federal e artigo 1.723 do Código Civil), pois a ambos exige-se o requisito da dualidade dos sexos. Pela lacuna legal, discute-se a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento do casal homossexual como união estável ou não. Esta é a síntese da atual hermenêutica do Judiciário, para a qual, embora sem unanimidade, não há vedação legal à união homoafetiva, vez que a legislação não apresenta “expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal” (Recurso Especial n. 820475, de 02.09.2008).

Para dar reconhecimento jurídico às práticas heterogêneas de conjugalidade e parentesco, uma armadilha jurídica torna-se obstáculo: a lacuna legal. Se por um lado nenhum juiz pode evitar

¹⁰ Os julgados do Superior Tribunal de Justiça aqui discutidos encontram-se disponíveis na Internet. <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> (Consultado na Internet em 24 de Novembro de 2008).

julgar por falta de dispositivo legal, por outro, “há o mau hábito, de alguns juízes, de indeferir requerimentos feitos pelas partes dizendo que o fazem ‘por falta de amparo legal’” (Recurso Especial n. 820475).

As incertezas da diversidade de prática conjugais frente ao direito clarificam a linha epistemológica dominante do direito: delimitar o legítimo e o ilegítimo. Sobre este último aspecto, a jurisprudência calca seu raciocínio na tensão entre reconhecer a parentalidade socioafetiva e manter a ordem do parentesco biológico. E, no direito a adotar, a questão da orientação sexual permanece dominante. Em contrassenso à hegemonia, em decisão exemplar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível n. 70013801592, de 05.04.2006) analisou pedido realizado por casal homossexual feminino para adotar conjuntamente duas crianças. Após afirmação de ser “preciso atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social”, autorizou-se o reconhecimento de união estável e a faculdade de filiação por adoção, determinando-se que no registro de nascimento das crianças não conste “a condição de pai ou mãe”, quer dizer, dissipando-se a noção de gênero na paternidade e maternidade, pois “na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima do mero fato biológico, a convenção social”¹¹.

As biotecnologias atuam no campo familiar e jurídico, muitas vezes acelerando tensões e permitindo adentrar no jurídico a diversidade das práticas afetivas.

Notam-se as seguintes posições jurisprudenciais que espelham esse quadro. A primazia da parentalidade biológica, associada à perícia genética do DNA que confere à verdade jurídica uma cientificidade (Fonseca, 2004; Machado, 2004), que reforça o laço consangüíneo na filiação, sendo a sentença que declara a inexistência do vínculo a síntese da “verdade real”, já 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” (Recurso Especial n. 878954, de 07.05.2007). Neste caso, o pai registral deverá provar há que foi induzido em erro ao reconhecer a criança, por supor tratar-se de filho biológico.

Uma segunda corrente, em choque com essa, que tem repercutido fortemente nos tribunais, é a dissociação entre filiação e biologia: a parentalidade socioafetiva. O estado de filiação comportaria as relações afetivas e/ou biológicas existente entre pais e filhos como gênero que contempla duas espécies (Recurso Especial n. 234833, de 22.10.2007).

Sofisticando a interpretação dos fatos, em seqüência à construção social e afetiva da parentalidade, há uma dúplici visão da Justiça que se desdobra a partir da verificação do consenso familiar. Se a relação de parentalidade foi vivida afetivamente entre as partes, o vínculo social

¹¹ Íntegra da decisão disponível em http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php (Consultado na Internet em 22 de outubro de 2006).

supera o biológico, mesmo que o pai reconheça o filho sob erro, torna-se o ato irrefutável judicialmente. Mas, se não há construção da parentalidade na família, o dissenso familiar faz que o vínculo biológico prepondere, modifica-se a declaração, mediante a prova do DNA (Recurso Especial n. 878941, de 17.09.2007).

Considerações finais

Quotidianamente vêm-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 necessidade de valorização de “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 homogeneizantes que permitem à sociedade representar-se sob a imagem de uma ordem integrada, unívoca e coesa, sob a égide de um texto constitucional” (Faria, 1988).

Daí concluir-se que o direito de família representar, ainda, a família tipo pois não concebe 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-discursivo (Butler, 2007), sem transgredi-la.

Diante da diversidade do afeto e da vida íntima, o direito de família hegemônico mostra sua incompletude, seus limites e a violência com o(s) “outro”(s) que não lhe é inteligível. Falar em diversidade é falar sobre o caráter causal e redutor das vinculações entre sexo, reprodução e casamento e abrir possibilidades jurídicas dantes não previstas pela forma hegemônica de legitimar a experiência familiar.

Ao movimento da centralidade do direito como campo exclusivo de normatividade tem como correspondente, o deslocar da família-tipo para a diversidade, contextualizada na mundialização do direito e do pluralismo jurídico. A complexificação (Morin, 2001) da “normalidade” imanente ao sistema jurídico hegemônico de família, como um todo articulado e cognoscível de conhecimentos sobre o ser humano integrado à família e parentalidade dominantes, abre espaço para a heterogeneidade e mobilidade frente ao padrão.

Tais considerações trazem a complexidade e contradições dos impactos das biotecnologias reprodutivas no campo da família: as interfaces das tecnologias reprodutivas não são neutras, dão-se

por meio do reforço do padrão familiar consangüíneo, fato que, no plano sociológico, reproduz as relações de gênero no âmbito doméstico e reprodutivo (Scavone, 2006), ao mesmo tempo, contêm caracteres transgressores inerentes ao seu uso e prática ainda por se definirem, posto que a busca pelas identificações sexuais que não passam pelos homens heterossexuais que são o *sexo-que-é*, mas pelas “mulheres (ou os 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” (Ramalho, 2002, p. 544) na fragmentação da exclusividade heteroparental formatada na idéia dominante de uma direta atribuição da gestação ao gênero e sexo feminino.

Nas “novas famílias” em que as relações de filiação não se fundam no dado biológico/natural, ampliem-se as fronteiras do parentesco para o “outro”, com abordagens não excludentes entre si, sem que haja um paradigma e o que está fora dele, com identidade própria, porém ainda vinculado ao princípio orientador da bipolarização da heterossexualidade e suas representações na paternidade e maternidade.

No caso em estudo não há conclusões definitivas, uma resposta única e fechada, é um mover-se que mesmo num figurino que procura mimetizar a regra, há repercussões no ambiente familiar que podem gerar uma marcha desconstitutiva da lógica androcêntrica. A irredutibilidade da definição de um sexo em relação ao outro, aclara o carácter móvel e activo da masculino e do feminino, pois que “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. Ninguna de las dos posiciones sexuadas definidas puede fundar-se ontologicamente ni reducirse a sus componentes sociales. El sexo es performatico (‘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” (Collin, 2006, p. 46).

Outra inteligibilidade e alteridade que podem estar, alude Butler (2003), ligada à 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 padrão esgota em si 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 carácter causal e redutor dessas vinculações e abre possibilidades dantes não previstas pela forma hegemônica de legitimar a experiência familiar (Butler, 2004), solapando a

dicotomia hetero/homossexual, biológico/não-biológico, família/não-família, enquanto vivências e práticas que vêm mesmo no suposto mimetismo de normas dominantes, transgredindo a centralidade da inteligibilidade naturalizada de família enquanto uma normalidade heteronormativa fundada numa natureza que também se constrói.

Referências Bibliográficas

Agacisnki, S. *Política dos Sexos*, Oeiras: Celta, 1999.

Bourdieu, P. *A Dominação Masculina*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002a.

_____. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In Bourdieu, P. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b, pp. 209-254.

Butler, J. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, 21, 2003, pp. 219-260.

_____. Faire et défaire le genre. *Multitudes*, out.-2004. <http://multitudes.samizdat.net/spip.php?article1629>. (Consultado na Internet em 20 de janeiro de 2008).

_____. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'. In Louro, G. L. (Org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, pp. 153-172.

Coelho, F. P. & Oliveira, G. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

Commaille, J. Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: émancipation, institution, protection, s/d. <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm> (Consultado na Internet em 20 de Agosto de 2007).

Costa-Martins, J. & Branco, G. L. C. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Faria, J. E. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília/UNB, 1998.

Fonseca, C. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA, *Estudos Feministas*, 12(2), 2004, pp. 13-34.

_____. Da família, reprodução e parentesco: algumas considerações, *Cadernos Pagu*, 29, 2007, pp. 9-35.

Foucault, M. *A ordem do discurso*. 12ª. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005a.

_____. *Um Diálogo sobre os Prazeres do Sexo. Nietzsche, Freud e Marx. Theatrum Philosophicum*. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005b.

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

Le Gall, D. Filiations volontaires et biologiques. La pluriparentalité dans les sociétés contemporaines, *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, 51(3), 2003, pp. 118-123.

Machado, H. 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*, 7, 2004, pp. 64-76.

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

Meulders-Klein, M. T. Individualisme et Communautarisme: l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale, *Droit & Société*, 23-24, 1993, pp. 163-197.

Mello, L. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil, *Revista de Estudos Feministas*, 14(2), 2006, pp. 497-508.

Morin, E. Os desafios da complexidade. In Morin, E. (Org.). *O Desafio do Século XXI. Religar os conhecimentos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, pp. 491-497.

_____. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Ramalho, M. I. A sogra de Rute ou intersexualidades. In Santos, Boaventura de Souza (org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 544.

Rebollo, J. G. *Procreación, género e identidad. Debates actuales sobre el parentesco y la familia en clave transcultural*. Barcelona: Bellaterra, 2006.

Santos, B. S. S. *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.

_____. Para Além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 78, 2007, pp. 3-46

Scavone, L. *Dar a Vida e Cuidar da Vida. Feminismo e Ciências Sociais*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista/UNESP, 2004.

Scavone,

_____. Novas tecnologias conceptivas: teorias e políticas feministas. In Ferreira, V.; Ávila, M. B.; Portella, A. P. (orgs.). *Feminismo e Novas Tecnologias Reprodutivas*. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2006, pp. 13-22.

Scott, J. W. *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*. Paris: Editions Albin Michel, 1998.

Strathern, M. Necessidade de pais, necessidade de mães, *Estudos Feministas*, 2, 1995, pp. 303-328.