



A CONTRATUALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES: CASAIS SEM GÊNERO E FILIAÇÃO UNISSEXUADA

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. A CONTRATUALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES: CASAIS SEM GÊNERO E FILIAÇÃO UNISSEXUADA. Revista da Ajuris, 2016, 43 (140). hal-01379946

HAL Id: hal-01379946

<https://hal.science/hal-01379946>

Submitted on 12 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

A CONTRATUALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES: CASAIS SEM GÊNERO E FILIAÇÃO UNISSEXUADA¹⁻²

*CONTRACTUALISATION AND FAMILY LAW: GENDERLESS COUPLES AND
FILIACTION*

Daniel Borrillo³

Doutor pela Université de Strasbourg

ÁREA(S) DO DIREITO: direito de família; direito civil.

RESUMO: O trabalho dedica-se a analisar de que forma as relações familiares se liberam (ou não) de uma concepção naturalista para dar origem a um novo modelo familiar, em ruptura ou extensão ao modelo tradicional. Apresenta, também, um breve panorama histórico da concepção jurídica de unidade familiar, delimitando as transformações contemporâneas em seu entendimento. A partir desse contexto,

em que a família se transformou em um espaço no qual se exerce a liberdade individual de escolha, o artigo busca discutir a contratualização dos vínculos familiares, propondo uma distinção entre os conceitos de “parentalidade” e “paternidade”.

PALAVRAS-CHAVE: família; contratualização; paternidade.

ABSTRACT: *This paper criticizes the naturalistic approach which informs the traditional conception in Family Law. It presents an historic overview of the legal*

¹ Artigo inédito no Brasil e no exterior.

² Tradução de Sonia Consuelo Achá Kahl. Bacharel em Letras, tradutora e intérprete – UFRGS. Curso de especialização para professores de espanhol – Universidade de Salamanca, Espanha. Estudos Avançados de línguas e Literaturas de Língua Espanhola – PUCRS. Pós-Graduada em Tradução de Língua Espanhola – Universidade de Salamanca, Espanha. Tradutora Pública Juramentada da Junta Comercial do RS desde 2010. Tradutora Juramentada para o TJRJ, TJPR e para a PGR. E-mail: sonia@traduzca.com.br.

³ Ítalo-argentino radicado na França. É diplomado em Jurisprudência pela Universidade de Buenos Aires. Professor de Direito na Universidade de Paris X – Nanterre, além de pesquisador associado do *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS)/França. É especialista de reputação internacional sobre as questões jurídicas associadas à discriminação, aos direitos das minorias e aos *gender studies*. E-mail: borrillo@u-paris10.fr. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6973364389334569>.

understanding on family recognition, highlighting the contemporary changes on such comprehension. In this framework, in which the family becomes a sphere of individual choice, it proposes the contractualisation as a perspective able to provide a better understanding of the familiar and parental relationships.

KEYWORDS: *family law; contractualisation; parenthood.*

SUMÁRIO: Introdução; Da instituição ao contrato; A vitória da concepção laica do matrimônio; O matrimônio entre homossexuais; A verdade biológica da filiação; Rumo a um novo paradigma familiar; Do estado à função: paternidade e parentalidade; A paternidade dos casais do mesmo sexo; Os efeitos da contratualização; Lista das obras citadas.

SUMMARY: *Introduction; From institution to contract; The victory of a secular conception of marriage; Homosexual marriage; The biological truth of filiation; Towards a new familiar approach; From parental status to role: parenthood and parental status; Homosexual parenthood; The contractualisation consequences; Bibliography.*

INTRODUÇÃO

A família é uma construção social. As diversas formas que vêm sendo adotadas ao longo da história fazem com que devamos utilizar o termo no plural (famílias) para, desse modo, expressar a ausência de um modelo único. O incremento do número de casais de fato, o uso corrente do divórcio, a multiplicação dos casais que optam por uma união civil, as famílias recompostas (Damon, 2012), monoparentais (Algava, 2002) ou homoparentais (Fraïsséc, 2012), bem como os filhos nascidos fora do matrimônio, fizeram da família uma realidade complexa e diversa. No entanto, em singular, como ideal de organização da vida privada, a família se impõe frequentemente como algo óbvio, apesar dos diferentes contornos que essa instituição adquire na vida real. Nas manifestações contra o “matrimônio para todos” na França, era possível ler nas faixas uma concreta quantidade de *slogans* que destacavam o caráter natural dos vínculos familiares:

Matrimônio = um homem e uma mulher.

Todos nascidos de um homem e uma mulher.

1 pai + 1 mãe = é elementar.

1 papai, 1 mamãe, não vamos mentir para os filhos.

Não há óvulos nos testículos.

A naturalização não apenas é consubstancial ao pensamento teológico e ao senso comum, pois também se manifesta no discurso dos autores clássicos que teorizaram sobre o contrato. Assim, Rousseau afirma que “a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a família” (Rousseau, 1762:7). Locke vê nessa agrupação mais próxima ao estado natural. A ordem patriarcal é apresentada como algo evidente, que serve, inclusive, de modelo para a organização social: “A família seria, por assim dizer, o primeiro modelo de sociedade política: o chefe é a imagem do pai; o povo é a imagem dos filhos e, tendo todos nascidos iguais e livres, não alienam a sua liberdade senão pela sua utilidade” (Rousseau, 1762:7-8).

A ruptura com o naturalismo no âmbito político não encontrou entre os grandes teóricos do contrato um equivalente em matéria familiar. Nem Hobbes, nem Rousseau, nem Locke, nem Tocqueville, nem Benjamin Constant, nem, mais recentemente, Rawls⁴ tomaram como objeto da sua análise as dinâmicas familiares. No entanto, não falta bagagem intelectual para desenvolver uma aproximação crítica às mesmas. A questão foi considerada, sem dúvidas, como menor, muito “doméstica”, se comparada com as grandes teorias sobre a Política, com maiúsculas. No entanto, é no seio do modelo de família onde se articulam as formas mais arcaicas do poder. Reenviando a família ao espaço natural, esses grandes teóricos se privaram de um terreno particularmente fecundo de observação e análise. Tão surpreendente é essa situação que resultaria legítimo perguntarmos se essa naturalização da família constitui efetivamente o limite do seu próprio pensamento.

As consequências dessa “negligência” (voluntária ou involuntária) não demoraram em se manifestar: a família se transformará no espaço que mais tardiamente será politizado e o mais difícil de democratizar. No entanto, o caráter evolutivo da família é um fato que foi demonstrado por todas as correntes sociológicas deste século XIX. Engels explicava as dinâmicas familiares a partir das relações sociais de produção (Rousseau, 1762:7-8). A família grande, de origem rural, deixa de ser a norma no final do século XIX, momento no qual se produziu o nascimento da família moderna do tipo nuclear (Parsons, 1937); depois, será indeterminada (Roussel, 1989). Em menos de um século, todas as concepções modelares de família saltaram pelos ares. No Ocidente, as famílias são nucleares, monoparentais, recompostas, homoparentais, integradas por

⁴ No seu artigo “¿Debe abolirse la familia?” (Deve-se abolir a família?, em tradução livre) (1987) (traduzido e publicado na *Comprender*, n. 2, 2001), Rawls apresenta a família como algo inevitável ou, pelo menos, como uma manifestação necessária.

filhos biológicos, adotivos ou provenientes de técnicas de reprodução assistida. As ciências humanas mostram a evolução e as transformações das famílias, bem como a forma com que o Estado acompanha ou não tais mudanças sociais (Burguière, Klapisch-Zuber, Martine-Segalen, 1994).

Não espere o leitor encontrar aqui uma história das famílias. Também não se trata de um ensaio de sociologia familiar, menos ainda de um estudo de políticas familiares. Dedicamo-nos simplesmente a explicar como as relações familiares se liberam (ou não) de qualquer forma de naturalismo, dando origem, assim, à ruptura com a ordem tradicional (ou a sua extensão). Essa ruptura, quando acontece, possibilita a desinstitucionalização da família. O indivíduo não se encontra mais a serviço da família, agora é ela que está a serviço daquele (Déchaux, 2009).

A consideração da vida a dois como um capítulo da vida privada é algo óbvio na França desde a aprovação da Lei do Divórcio no ano de 1975. A contratualização dos vínculos conjugais se manifesta não apenas como o fruto da evolução dos costumes, mas também como a afirmação dos valores de autonomia e igualdade (De Singly, 1993). Pelo contrário, na opinião de certa quantidade de especialistas, os vínculos de parentesco deveriam resistir a esse processo em nome dos princípios antropológicos e em virtude do interesse superior da criança⁵. Tudo acontece como se, em um universo em plena mutação, só a institucionalização da filiação pudesse garantir a estabilidade dos vínculos familiares e sociais. Como adverte um psicanalista próximo a essa concepção: “Nessa família pós-moderna, uma constatação chama muito a atenção: é a linha reta, a da descendência, da filiação, a que se transformou no cavalo de batalha em meio aos acontecimentos que cercam a vida das pessoas...” (Delaisi de Parseval, 2008: 16). Nessa mesma linha de pensamento, I. Théry afirma que o princípio de indissolubilidade do vínculo familiar se transferiu do casal para a filiação (Théry, 1993). À progressiva contratualização da relação de casal, essa corrente opõe a necessária institucionalização da relação que se mantém com a descendência.

Agora, vejamos, uma teoria política da organização familiar, fundamentada na vontade e na autonomia individual, longe de se desvincular do interesse

⁵ Uma crítica ao “Familiarismo”, bem como uma análise do lugar que ocupam os diferentes especialistas na naturalização da família, pode ser vista em: R. Lenoir, *Généalogie de la morale, familiale*, Paris: Editions du Seuil, Coll. “Liber”, 2003.

do menor e de ignorar a responsabilidade dos adultos, permitiria preservar melhor, em um marco mais democrático, os direitos e as obrigações de cada um dos membros da família.

A contratualização também não implica a desigualdade, como tentaremos demonstrar mais adiante. De fato, não devemos esquecer que, desde o final dos anos 1970, as teorias que propunham uma nova institucionalização da família são acompanhadas, frequentemente, da progressiva desafetação do Estado em matéria social. De forma que apenas as famílias que dispõem de maior capacidade econômica podem suprir as carências do Estado do Bem-Estar, ainda mais quando, na prática, transformam-se nas suas últimas beneficiárias. Os trabalhos de Jacques Commaille e de Claude Martin (1998) demonstraram o caráter profundamente desigual das nossas sociedades, nas quais todos os indivíduos – seguindo a sua vinculação familiar ou o seu sexo – não contam com os mesmos recursos para se incorporar positivamente a ela. A família institucional surge, assim, como o principal motor da desigualdade social (Bourdieu, 1979).

Longe de se desentender com esses efeitos econômicos, uma teoria política da família fundada no contrato coloca a questão familiar no próprio seio da questão social. A assunção da responsabilidade por parte das pessoas é acompanhada da assunção de responsabilidade pelo próprio Estado, como garantia da igualdade dos indivíduos. Pelo contrário, a corrente institucionalista (perante as aparências) poderia ser interpretada como um movimento dirigido a amenizar a responsabilidade do Estado mediante um retorno ao modelo clássico de solidariedade intrafamiliar.

O presente artigo propõe alguns elementos de reflexão que permitam estudar, de uma forma diferente, a nossa relação com o casal, a procriação, a filiação, a paternidade e a família, localizando as instituições na sua dimensão histórica, lembrando, para tanto, as principais normas do Direito Civil na matéria. A civilização tira o indivíduo da natureza, permitindo-lhe assumir plenamente a sua condição humana, histórica e cultural.

A contratualização dos vínculos familiares permite deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural. As novas formas de intimidade – essas novas formas de relação tão apreciadas por Foucault – podem encontrar no marco do contrato uma concretização política. Assim, a vida a dois deixa de se limitar à relação heterossexual, e a filiação se abre para a paternidade

unissexuada. Daí em diante, o que contará é o indivíduo e a sua capacidade de compromisso na vida conjugal e no projeto parental.

DA INSTITUIÇÃO AO CONTRATO

Nas sociedades tradicionais, o matrimônio tinha como finalidade a união de clãs, e o intercâmbio de mulheres constituía um elemento essencial nessa forma antropológica de comércio. O desejo dos membros do casal não era, de forma alguma, levado em consideração. Assim, tratava-se, em princípio, de garantir a manutenção do patrimônio e a continuidade da linhagem. Essas funções econômicas e procriadoras articulam o modelo de matrimônio que, sem pressupor um afeto recíproco, era regido a partir de uma estrita distribuição dos papéis em virtude da qual a mulher era submetida à autoridade incontestável do homem. Enquanto no Ocidente a organização da família vai se afastar dessa concepção holística e vai se estruturar progressivamente em torno do matrimônio individual, outras civilizações continuaram a concebê-lo como um pacto entre clãs. Assim, na maioria das sociedades tradicionais do tipo patriarcal o intercâmbio de irmãs de um grupo de homens com outro grupo de homens organiza o comércio marital. Pelo contrário, nas matriarcais, o homem goza de uma função reprodutiva, e a paternidade, puramente simbólica, é assumida frequentemente pelo irmão da mãe (Cai Hua, 1997; Bachofen, 1996; Carrer, 1994; Magli, 1983).

Os trabalhos de E. Evans-Pritchard (1937) mostram que entre os Azandes, um povo da África Central, os homens casavam com meninos, mesmo quando dispunham mulheres, e nos períodos de guerra partiam com eles ao campo de batalha. A hierarquia, aqui, era estabelecida não em função do sexo, mas da idade.

Na origem do Direito Ocidental, o matrimônio romano organizava a sociedade de homens livres sob o poder do *pater familias*. Apesar de estar regulamentados pelo direito privado, os casamentos se transformaram em uma questão pública. De fato, a aliança organiza o modelo de unidade social e de tutela dos incapazes: mulheres, crianças ou escravos. Em Roma, são adotadas várias formas de relações de casal. A união legítima, o matrimônio *cum manu* (*confarreatio*, *coemptio* e *usus*) que ocupa o cume da hierarquia conjugal. O *matrimonio sine manu*, o *more uxorio* (concubinato) e o *contubernium* constituíam formas satélites, mais ou menos afastadas da estrita formalidade do matrimônio legítimo, e permitiam a criação de vínculos de casal entre pessoas que não tinham cidadania. Essa ordem conjugal continuou se justificando ao longo de toda a

Alta Idade Média, devido à escravidão. Foi necessário esperar uma condenação do Papa, em 1095, para pôr fim ao *contubernium*, que, no entanto, organizava a vida familiar dos servos da plebe. Não é demais lembrar que, até a Revolução Francesa, apenas era reconhecido o matrimônio religioso⁶. Os registros das paróquias funcionavam como Registro do Estado Civil. Finalmente, a Lei de 20 de setembro de 1792 instaurou o casamento civil, celebrado na Prefeitura, que se transformará no único válido perante a lei. Dali em diante, na França, o ato civil do matrimônio deverá preceder qualquer celebração religiosa, sujeitando-se às penalidades da lei⁷.

A VITÓRIA DA CONCEPÇÃO LAICA DO MATRIMÔNIO

A competência exclusiva do poder do Estado em matéria matrimonial não é, no entanto, uma inovação doutrinária do constituinte ou do legislador revolucionário. Trata-se, melhor, do fruto de uma longa evolução que permite fazer referência à Escolástica tardia e à Segunda Escolástica. Assim, a competência exclusiva do poder civil em matéria matrimonial, segundo Alfred Dufour (1997), da convergência entre a afirmação do princípio da autonomia do poder legislativo próprio da sociedade civil perante a sociedade eclesiástica, de um lado, e a espiritualização do poder da igreja perante os poderes temporários, de outro. A Revolução Francesa arrematará esse processo fazendo do matrimônio um contrato *sui generis*, laico e exclusivo.

Durand de Maillance, representante da Assembleia Nacional francesa em 17 de maio de 1791, afirma que

o matrimônio pode subsistir e, inclusive, deve subsistir como contrato civil e para todos os efeitos civis, independentemente da bênção eclesiástica que o transforma em um sacramento. Assim, o contrato do matrimônio e o ritual eclesiástico que o torna um sacramento são duas questões que nunca deveriam ser confundidas, a fim de que ambos os poderes conservem os direitos que lhes são próprios. (Durant de Maillane, 1791: 166-167)

⁶ No entanto, cabe destacar que o matrimônio não religioso foi possível para os protestantes franceses a partir de 1787, graças ao *Edito da Tolerância*, assinado por Luís XVI.

⁷ O art. 433-21 do Código Penal francês estabelece que quem realizar de forma habitual uma celebração religiosa de matrimônio, sem constatar que o matrimônio civil foi previamente realizado nas condições previstas pela lei, será punido com seis meses de prisão e 7.500 euros de multa.

Em uma intervenção na Assembleia Legislativa, de setembro de 1792, Sédillez, referindo-se ao divórcio, diz:

O matrimônio é um contrato civil. A sua natureza é a dos contratos que se resolvem da mesma forma com que foram celebrados. Criado a partir da vontade de duas pessoas, é natural que o matrimônio possa ser dissolvido mediante a vontade contrária. (Sédillez, 1792: 610)

Embora desde 1685 o Rei tolerasse o matrimônio entre protestantes celebrado perante um ministro do seu culto, constituíam uniões precárias, desprovidas de efeitos jurídicos. A primeira versão secularizada do matrimônio ocorreu sob o governo de Luís XVI, fruto do Edital de 1787, que outorgou aos protestantes a possibilidade de se beneficiarem do *ius conubii*. Tem razão Jean-Claude Bologne quando afirma que

esse edital de tolerância institui, de fato, uma alternativa civil ao matrimônio religioso: se o sacerdote se recusa a casar um casal, o juiz poderá fazê-lo no seu lugar. A celebração do matrimônio sempre deverá ser realizada perante o sacerdote, testemunha privilegiada do compromisso, mas, se ele não lavra uma ata, o oficial público poderá inscrever o matrimônio. (Bologne, 2005: 169)

Desde a Concordata de 1801, assinada entre Pio VII e Bonaparte, os contratantes são livres para outorgar a sua união de forma religiosa, embora o Estado francês não reconheça outro ato além do celebrado pelo oficial do Estado Civil. Mais tarde, dando continuidade ao que estabelecia o Direito canônico, o Código de Napoleão institucionalizaria a inferioridade da mulher casada. Declarando a sua incapacidade, submeter-se-á a mulher ao poder absoluto do *pater familias*. “A mulher foi entregue ao homem para procriar. É, pois, da sua propriedade, assim como uma árvore frutífera pertence ao jardineiro”, declara o Imperador. Até que, em 1938, a mulher se separa da tutela do marido e, apenas a partir de 1970, o pai deixa de ser o detentor exclusivo da pátria potestade.

A partir da secularização do matrimônio e, principalmente, da consolidação da igualdade da mulher, o seio do Direito de Família passa por importantes mudanças. Como advertimos antes, a introdução do divórcio de comum acordo coloca o destino da união nas mãos dos esposos. Em consequência, a instituição

matrimonial perde o monopólio da filiação legítima na medida em que, depois da reforma de 1972, os filhos nascidos fora do matrimônio são beneficiários, em plano de igualdade, dos mesmos direitos que os nascidos dentro do matrimônio. Essa modificação jurídica também teve as suas consequências na ordem reprodutiva, concretamente depois da liberação do acesso aos meios contraceptivos, em 1967, e da interrupção voluntária da gravidez, desde 1975. A autoridade patriarcal perde o seu poder e abre espaço à negociação e ao diálogo. Assim, a família se transformou em um espaço no qual a liberdade individual de escolha passou aos imperativos morais e sociais, um espaço no qual os filhos são tratados em pé de igualdade.

O MATRIMÔNIO ENTRE HOMOSSEXUAIS

A reivindicação do matrimônio entre lésbicas e *gays* tornou a colocar na mesa de debate as fronteiras da família. Na realidade, todos os “marginalizados” da história transformaram o matrimônio e lhe deram contornos mais flexíveis. De fato, podemos pensar no povo romano, que reivindicava a *confarreatio*, forma de união reservada inicialmente apenas aos patrícios; ou podemos pensar também nos servos da plebe que, em 1095, depois de incontáveis conflitos, obtiveram autorização do Papa para ter acesso ao sacramento do matrimônio.

Mas tarde, no âmbito da luta contra os protestantes, Luís XIV proclamou o Edital de 1680, pelo qual proibia aos católicos casarem-se com membros da “religião pretensamente reformada”, derrocada por Luís XVI, um século mais tarde. Escravos, protestantes, judeus, mas também comediantes, viúvas e muçulmanos foram excluídos do matrimônio antes da sua secularização.

Embora as mulheres livres sempre tenham tido acesso ao matrimônio, dentro dessa instituição elas se encontram mais dependentes dos homens. O Código de Napoleão, de 1804, consagrou a incapacidade da mulher casada, e elas terão de esperar uma lei de 1907 para poderem dispor do seu próprio salário. Posteriormente, algumas reformas jurídicas permitiram às francesas reencontrar a igualdade no seio do casal. Se, como advertimos antes, a Lei de 1938 proclamou a capacidade da mulher casada, a verdadeira mudança aconteceu somente em 13 de junho de 1965, depois da reforma do regime econômico matrimonial, ao ser abolida definitivamente a tutela marital. Um ano antes, a Lei de 14 de dezembro de 1964 já tinha concedido à mulher a capacidade para ser a sua tutora, sem prévia autorização do seu marido. Desde então, a esposa podia agir livremente, abrir uma conta bancária em seu nome e recorrer perante os Tribunais para conseguir a adoção de medidas urgentes voltadas a impedir ações que pudessem colocar

em risco os interesses familiares. A reforma de 1970 sobre o exercício conjunto da pátria potestade constitui, também, uma prova do processo de igualdade de direitos no seio da família. Mediante a Lei de 11 de julho de 1975, foi abolido o domicílio legal da mulher casada como sendo na residência do marido. Assim, o art. 215 estabelecerá que “o lugar de residência da família será aquele que ambos escolham de comum acordo”. A Norma de 4 de julho de 1975 realiza a última grande reforma do Direito de Família, com a intenção de simplificar a filiação e aperfeiçoar a igualdade entre os filhos. Por esta última reforma, a determinação da filiação será submetida a normas praticamente iguais, independentemente da situação matrimonial dos pais, unificando, também, o regime de contestação da filiação.

Essa breve recapitulação da história jurídica francesa permite nos mostrar de que forma diferentes grupos sociais puderam, progressivamente, ter acesso primeiro ao sacramento e, posteriormente, uma vez secularizado, ao contrato matrimonial. Nessa história se inscreve a reivindicação pela igualdade dos casais do mesmo sexo. Essa reivindicação não é mais do que a radicalização da modernidade da família, concretamente mediante a afirmação da liberdade de todos os indivíduos de organizarem a sua vida familiar com a pessoa da sua escolha. A aprovação do Pacto Civil de Solidariedade (PaCS), em 1999, constitui uma nova etapa na contratualização das relações íntimas e no reconhecimento dos casais do mesmo sexo (Borrillo, Lascoumes, 2002). Mas não se trata, na realidade, de mais do que um ponto de partida. De fato, catorze anos mais tarde, graças ao debate aberto pelo matrimônio Bègles, em 7 de novembro de 2012, o Parlamento francês adotou a Lei “de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo”. A Lei de 13 de maio de 2013 altera essencialmente o Código Civil em matéria de matrimônio, nome e sobrenomes e adoção; e também o Código da Previdência Social, do Trabalho e muitas outras leis. Antes de tudo, trata-se de harmonizar o conjunto de normas jurídicas que permitirão aos casais do mesmo sexo o exercício do direito ao matrimônio e à filiação adotiva (Borrillo, Flores Rodriguez, 2013).

Em matéria de filiação, a reivindicação *gay* radicaliza também a dissociação entre reprodução e filiação, porque, dali em diante, a diferença de sexos deixa de ser uma exigência para a realização do projeto de paternidade. A questão do acesso às técnicas de reprodução assistida (*assistance médicale à la procréation*, AMP) por casais de mulheres não foi permitida na nova lei. O governo francês reenvia esse assunto a uma futura norma de caráter mais geral.

A VERDADE BIOLÓGICA DA FILIAÇÃO

Enquanto a reprodução é um fato biológico, a filiação se manifesta como um ato jurídico e, por conseguinte, cultural. A delimitação das fronteiras familiares e nacionais constituiu, a todo momento, um dilema político capital. Assim, os indivíduos podem ser designados a uma sociedade por direito de sangue (*ius sanguinis*) ou por direito de solo (*ius soli*), conforme se opte pela herança biológica ou pelo lugar de nascimento como mecanismos de pertinência nacional.

Desde a Revolução, o “imaginário” francês de pertinência à República tem sido alimentado pela ideia da “comunhão teleológica”, segundo a qual é o fato de compartilhar determinados valores que define a comunidade, e não a tradição ou a designação de uma identidade (Fassin, 2010).

Nem a raça, nem a língua, nem os interesses, nem a religião constituem elementos suficientes para definir a nação, que, segundo E. Renan, é antes de tudo uma comunidade de indivíduos livres que escolheram viver juntos, compartilhando determinados valores passados e futuros (E. Renan, 1882). No entanto, a questão da identidade nacional nunca deixou de alimentar o debate político e de configurar a situação “étnica” como ligada ao pertencimento nacional. Como a família, a naturalização da nação constitui o *leitmotif* do pensamento conservador.

A inscrição a uma família pode se derivar, da mesma forma, de vínculos biológicos ou da vontade individual. É claro que o Direito pondera um e outro conteúdo, mas, segundo a concepção filosófica adotada – natureza ou convenção –, a expressão da família não terá os mesmos contornos.

Se a concepção pertence ao ato biológico, a filiação constitui um acontecimento eminentemente convencional. Na realidade, a filiação pode levar em consideração o fato natural, mas, como dispositivo de designação de parentesco, responde às suas normas próprias, desvinculadas da natureza.

No Ocidente, a moral dos bárbaros (ordálias) e o Direito canônico (*copula carnalis*) têm em comum a verdade do corpo como fundamento do vínculo jurídico, contrariamente à civilização romana, para a qual a vontade constituía a pedra angular do seu sistema jurídico (Baud, 1993). O Direito moderno volta o olhar às regras do Direito romano, outorgando à vontade um lugar central na determinação dos vínculos de filiação e concedendo à *fictio legis* – como promoção da justiça – um lugar de destaque. Dali em diante, não serão tanto as raízes naturais da instituição que contarão, mas os instrumentos jurídicos capazes de

obter resultados concretos (por exemplo, a paz da família ou a solidariedade entre as sucessivas gerações).

A filiação outorga a cada pessoa um estado civil determinado, ao qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito de sucessões) quanto extrapatrimoniais (atribuição do nome e sobrenome, pátria potestade). A filiação apenas existe quando determinada nas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. Para tanto, o Direito levará em consideração vários fatos fundamentais: a biologia (a filiação sanguínea), a vontade (adoção), a presunção (a suposta paternidade do marido em relação com a mãe) e a convivência (posse de estado).

A era moderna, depois do surgimento das técnicas de reprodução artificial⁸, permite a dissociação entre sexualidade e reprodução. O avanço científico, com a doação de esperma, o congelamento de ovócitos, a fecundação *in vitro* e a identificação genética dos pais, causou um “pânico moral” (Ogien, 2004), amplificado pelos meios de comunicação e explorado pelas correntes conservadoras. Para tranquilizar a opinião pública, em vez de assumir os princípios jurídicos do Direito Civil de Família, o aparelho político preferiu se proteger sob a sombra tranquilizadora dos especialistas (psicanalistas, geneticistas, antropólogos, teólogos...), a fim de que sejam eles os que concederão as licenças ou disporão as proibições em matéria de filiação (Fassin, 1999). Assim, a biologia começa a se transformar no fundamento real ou simbólico do sistema de paternidade, contra a modernidade que tempos antes tinha instaurado a vontade no núcleo desse sistema (Borrillo, 2009: 361-371).

O lugar preponderante da verdade biológica na determinação de vínculo de filiação foi confirmado pelos magistrados em uma conhecida sentença da Corte de Cassação de 28 de março de 2000. A distinção tradicional entre reprodução (fato biológico) e filiação (fato cultural), fundamento do Direito Civil moderno, é questionada. Não mais a partir dos clássicos argumentos procedentes do Direito canônico, mas apelando para uma dupla retórica que, de um lado, fará da diferença de sexos *conditio sine qua non* da filiação e, de outro, localizará o exame de sangue e o teste de DNA no centro do dispositivo jurídico da paternidade.

⁸ Na França, o acesso às novas técnicas (fecundação *in vitro*, inseminação artificial...), conhecidas com o termo geral de *assistance médicale à la procréation* (AMP), fica reservado aos casais heterossexuais inférteis. A gestação por substituição (*gestation pour autrui*) é uma prática proibida a todos os casais.

As leis da bioética, antecipando-se à reivindicação de futuros pais *gays* e mães lésbicas, tiveram o cuidado de reservar para o casal heterossexual o acesso às técnicas de reprodução assistida. O temor à filiação unissexuada, fruto do reconhecimento do direito à filiação plena dos casais do mesmo sexo, teve como resultado uma radical subjetivação da noção jurídica de filiação concebida, de agora em diante, como um acontecimento natural, ou, pelo menos, naturalizável (Fassin, 2002). O temor à institucionalização da homoparentalidade e a fé na prova biológica (sanguínea ou genética) enfraquecem os demais supostos de filiação que repousam sobre a vontade e a vivência. Os grandes princípios em torno dos quais se articula o Direito Civil, como a autonomia, o respeito pela vida privada, a igualdade ou a livre disposição de si mesmo, estão assim enfraquecidos em benefício de novas fórmulas (alheias ao Direito) baseadas na ordem simbólica, na estruturação psíquica das crianças ou na diferença de sexos.

Agora, vejamos, essa tensão entre verdade objetiva e afetiva não corre o risco de também colocar em análise outras formas de filiação, como a adoção plena, as técnicas de reprodução assistida mediante doador ou, simplesmente, as famílias homoparentais? A naturalização da ordem simbólica não é um novo dogma capaz de influenciar o debate democrático? A exigência da diferença de sexos não oculta uma forma inconfessável de homofobia? A prevalência do fator biológico não favorece uma nova hierarquia das filiações? Pode a biologia dar conta da complexidade da filiação? Perante o surgimento das novas formas de paternidade, não corremos o risco de buscar nos refugiar por trás de certezas biológicas? Poderia chegar a ser admissível que a pessoa construa a sua identidade principalmente sobre a base do seu patrimônio genético? Pode a diferença de sexo ou a verdade biológica configurar um estado simbólico superior ao da vontade e das presunções? Tantos são os questionamentos que se apresentam no atual debate sobre matrimônio e filiação homoparental, aos quais a nova lei deu uma resposta parcial, uma vez que apenas permite a adoção para os casais do mesmo sexo casados.

A prevalência da vontade e a introdução da verdade biológica apenas no âmbito de uma disputa pareciam assumidas até o dia em que os homossexuais começaram a reivindicar os seus direitos reprodutivos. Quando os casais do mesmo sexo desejaram se transformar em pais de pleno direito (acedendo às diferentes formas de filiação), um conjunto de novas normas (como a Lei de Bioética, a Normativa de 2005, a jurisprudência da Corte de Cassação...) veio para introduzir, progressivamente, a exigência da heterossexualidade para

a instauração do vínculo de filiação⁹. O intenso debate originado pela lei de abertura do matrimônio para os casais do mesmo sexo e, principalmente, a emenda proposta pelos parlamentares socialistas com relação ao acesso às técnicas de reprodução assistida para casais de mulheres dão testemunho da dificuldade que representa pensar os vínculos familiares à margem do senso comum heterossexual, até o ponto em que aqueles parlamentares se viram forçados a abandonar a referida emenda.

No estado atual do Direito, o problema não se apresenta para os homossexuais que conceberam um filho por meios naturais (ou por inseminação artificial, apesar de ser ilegal na França). Nesse caso, a pessoa goza da paternidade e da autoridade sobre a criança (ou é pai ou é mãe e, portanto, goza do direito de exercer a pátria potestade). No que se refere ao casal de um pai ou uma mãe homossexual, mesmo os conservadores concordam quanto à necessidade de encontrar uma solução jurídica adequada (*estatuto do pai social*, por exemplo), e a Justiça admite hoje a delegação do exercício da pátria potestade à parceira de uma mãe lésbica. No entanto, embora algumas funções parentais tenham sido reconhecidas aos homossexuais, o estado do pai de pleno direito apenas é possível com a nova lei mediante a adoção. O acesso às técnicas de reprodução assistida, a presunção de paternidade e a maternidade da substituição continuam sendo restritos aos casais do mesmo sexo. Como acabamos de demonstrar, o modelo civilista pode funcionar perfeitamente nos casais do mesmo sexo. De fato, esse modelo coloca a vontade no núcleo da filiação e permite ocultar a identidade dos progenitores (parto sem revelar a identidade da mãe¹⁰, doador anônimo, adoção plena, etc.); em suma, o modelo civilista aceita o reconhecimento voluntário expressado, *a priori*, na presunção da paternidade que pesa sobre o esposo da mãe. O modelo civilista autoriza a criação de um vínculo de filiação legal simplesmente perante quem se comportou como pai (posse do estado). Para esse modelo, no fundo, a vontade não tem sexo. Por que pretender, então, sexualizá-la para alguns vínculos de filiação?

A dificuldade de admitir uma maternidade exclusivamente feminina ou uma paternidade exclusivamente masculina – de acordo, no entanto, com

⁹ Em um relatório de 1988, a pedido do Primeiro-Ministro Guy Braibant, faz-se referência à “afirmação do valor das estruturas naturais da paternidade”. Em 1994, a Lei da Bioética definiu o casal, juridicamente, como sendo a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado fala também, pela primeira vez, da ausência de referente paternal no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, inclusive quando essa referência não está contemplada na lei.

¹⁰ Esse sistema permite que a mulher dê à luz sem se identificar e entregue a criança aos serviços sociais.

o espírito do Direito Civil¹¹ – levou ao questionamento desse modelo em benefício de uma visão naturalista da filiação: a prova biológica se impõe nos processos de contestação da paternidade, a investigação das origens é objeto de reivindicação social, a diferença de sexo se transforma em um valor; em suma, a verdade biológica é evidenciada como argumento último, não apenas para se opor à filiação homoparental e, portanto, para criar um tipo de hierarquia entre filiações (que, dali em mais, deverão estar baseadas na paternidade natural), mas também para colocar as famílias monoparentais como as responsáveis pela desordem individual e social.

Para alguns autores, a lei francesa foi muito longe na “negação” da verdade biológica. Assim, Agnès Fine propõe o reconhecimento da pluriparentalidade, que

não apenas está associada ao lugar cada vez mais importante que as famílias recompostas ocupam na nossa sociedade. Ela tem sido induzida pela crescente consideração da questão identitária que se manifesta na forma de reivindicação do direito da criança a conhecer as suas origens, dos filhos adotados ou dos que nasceram mediante técnicas de reprodução assistida. (Fine, 2002: 21)

A autora lamenta que, “contrariamente à Inglaterra ou à Alemanha, a França se encontra à margem do modelo da *open adoption*”, ou seja, sem ruptura com a filiação biológica. Esse ponto de vista implica questionar a Lei de 1966, que autoriza a adoção monoparental, e também constitui uma crítica ao parto sem revelar a identidade da mãe (*accouchement sous X*) e ao anonimato no caso de doação de esperma, bem como ao desaparecimento da origem biológica na certidão de nascimento no caso de adoção plena. O acesso às origens, para essa ideologia, não aparece tanto como um direito subjetivo do indivíduo a conhecer os seus progenitores, mas como o direito da humanidade à “não falsificação da filiação” (I. Thèry).

Para limitar os efeitos da homoparentalidade, a nova ideologia biologizante não hesita em questionar o sistema do Direito Civil. De fato, sob a condição de preservar em certa medida a supremacia procriadora da heterossexualidade, uma vez que a homossexualidade poderia, por conseguinte, demandar a sua

¹¹ A adoção plena por um único indivíduo foi autorizada na França apenas em 1966.

inscrição na ordem de parentesco. A questão biológica retoma, dessa forma, um vigor renovado, garantindo, de um lado, o lugar da heterossexualidade no próprio seio da homoparentalidade (ou pluriparentalidade, se retomarmos a expressão de Agnès Fine) e, de outro lado, baseando a norma não mais na vontade, mas na essência das origens (chamada doravante “ordem geracional”, “ordem simbólica” ou “história narrativa”) (Borrillo, 2011). O acesso à origem biológica permite outorgar um estatuto simbólico aos progenitores e resguardar a diferença de sexos na montagem da filiação.

RUMO A UM NOVO PARADIGMA FAMILIAR

Como tínhamos afirmado anteriormente, enquanto Rousseau constrói uma teoria política da vida em comum sobre a base da vontade (individual e, principalmente, coletiva), deixa a família de fora do contrato social: “A família é o primeiro modelo das sociedades políticas, a mais antiga e natural: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos” (Rousseau, 1762). É assim que a metáfora da família permite justificar a ordem patriarcal como um fato natural. A democratização da vida privada necessitava de uma reformulação prévia dos vínculos familiares, que permitisse fugir da multissecular influência da naturalização. Esse foi o longo trabalho do Direito Civil desde a sua secularização. A contestação da ordem familiar “natural” não é, em definitivo, mais do que radicalização da modernidade, conforme a qual a vontade, e não a diferença de sexos, constitui a base da instituição matrimonial e da paternidade. A filiação, dissociada da reprodução, permite justificar um sistema jurídico fundado não mais na verdade biológica, mas, sim, no projeto de paternidade responsável. Pouco importa, pois a organização da família (monoparental, homoparental, nuclear, recomposta, tradicional...), se as premissas do contrato, bem como os seus efeitos são respeitados (igualdade na união matrimonial e na filiação). O Estado, pois, deveria tratar em condições de igualdade o conjunto de famílias, como qualquer outra forma de intimidade. Para realizar essa tarefa, é preciso sepultar um Direito de Família único, baseado no dogma paterno (Tort, 2005), e repensar as normas que regem a família a partir da negociação e da contratualização. A conveniência do matrimônio, do PaCS e do concubinato como opções de todos os casais responde a essa exigência, assim como o reconhecimento do direito à adoção, o acesso às técnicas de reprodução assistida e à maternidade de substituição para além dos casos de esterilidade. Baseada na vontade, a adoção é uma instituição mais adequada que a biologia para garantir a estabilidade dos laços familiares. Ao contrário da filiação carnal,

a filiação eletiva (adoção) encontra o seu fundamento na liberdade não apenas de acolher os filhos dos outros, mas também de abandonar os seus próprios filhos biológicos, o que apenas é possível para as mulheres (no parto anônimo ou *accouchement sous X*), mas que, no futuro, deveria ser estendido aos homens por meio de uma declaração formal de reconhecimento de paternidade, em cuja ausência o vínculo jurídico da filiação não deveria existir. A generalização da filiação adotiva (compreendida nela, inclusive, a dos seus próprios filhos) permitiria colocar a vontade no centro do dispositivo parental. Dali em diante, esse dispositivo estaria baseado exclusivamente na vontade do(s) progenitor(es) que entrega(m) a criança e na dos adotantes que a acolhem. Temos de acrescentar que a adoção é uma instituição concebida a partir do direito da criança a ter uma família, ao contrário da família biológica, que se declara mais como um recurso do direito sobre a criança (Borrillo, 2011: 263-274).

Assumir uma teoria contratualista dos afetos – tanto horizontalmente, na esfera do matrimônio, quanto verticalmente, com o objetivo de estender os casos de adoção ao nível da filiação –, não implica de forma alguma deixar de lado os mais vulneráveis (os menores, os idosos, os animais, etc.). Pelo contrário, a técnica particularmente contrastada do equilíbrio das prestações e da proteção dos mais vulneráveis (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permite garantir mais eficazmente os grandes princípios internacionais e constitucionais de igualdade do conjunto dos membros dessa comunidade afetiva e patrimonial. Da mesma forma, a adoção como modelo universal da filiação, e não a capacidade reprodutora, torna possível basear a paternidade na responsabilidade e em um projeto meditado, o que permite, dessa forma, evitar os tristes casos de maternidade ou paternidade indesejadas.

DO ESTADO À FUNÇÃO: PATERNIDADE E PARENTALIDADE

Os termos paternidade e parentalidade (*parenté* e *parentalité*) não têm existência jurídica. Reencaminham à etnologia e à sociologia da família. Essas noções foram apresentadas, principalmente, nos trabalhos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss, Malinowski, Margaret Mead ou Ruth Benedict. A paternidade (*parenté*) designa as regras de descendência aplicadas a cada indivíduo e, de forma mais geral, o vínculo que une a criança a um ou ambos os adultos (pai e mãe). A parentalidade (*parentalité*) faz referência à educação dos filhos, bem como aos direitos e às obrigações que surgem em consequência do seu exercício (intervenções pedagógicas, domésticas, educativas, de cuidado, direito de moradia, de visita, etc.). Uma pesquisa sobre essas palavras nos códigos e

nas leis será infrutífera. O termo paternidade (*parenté*) é conhecido no Direito como “filiação”, enquanto o equivalente jurídico da parentalidade é a *patria potestas*, chamada mais tarde de autoridade parental ou responsabilidade parental (em Direito espanhol: *patria potestad*). A filiação remete a um estado, enquanto a autoridade parental faz referência a uma função. A filiação se refere a algo estático, designa um local, uma posição determinada a uma linhagem ou descendência. Já a pátria potestade faz referência a algo dinâmico; de fato, fala-se do exercício da autoridade parental. Assim, é possível privar da pátria potestade (por maus-tratos, consumo de drogas ou álcool, falta de cuidado, por pôr a criança em situação de risco, etc.) justamente porque se trata do exercício, mas não é possível despojar alguém de uma filiação juridicamente estabelecida. Os piores pais (criminosos ou pedófilos) nunca deixam de ser juridicamente pais. A sua posição, o seu estado, não muda, mesmo quando perdem a função parental (pátria potestade). A paternidade e a parentalidade respondem a regras diferentes: o Código Civil francês trata da filiação no Título VII e regula a autoridade parental no Título IX.

A filiação é um vínculo jurídico que gera uma relação de ascendência familiar entre duas pessoas, designando-as como filho, por um lado, e como pai e mãe, por outro (filiação propriamente dita), para transformá-los em credores e devedores de obrigações mútuas ou recíprocas (consequência da filiação ou, em termos antropológicos, parentalidade). A filiação outorga a cada pessoa um estado civil determinado, ao qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito de sucessões) quanto extrapatrimoniais [atribuição do(s) sobrenome(s), autoridade sobre os menores]. No Direito, a parentalidade é consequência, em princípio, da paternidade, mas, como veremos mais adiante, ambas podem coexistir perfeitamente dissociadas.

A filiação apenas existe quando originada em determinadas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. A princípio, a questão da filiação aparece no Código Civil francês como um elemento que permite definir o pertencimento à nação (arts. 16 a 30, *grosso modo*), para, a seguir, regular o pertencimento à família (a partir do art. 310 do Código Civil). Assim, presume-se que a criança nascida na França seja francesa (a princípio), presume-se que a mulher que a deu à luz seja a sua mãe e que o seu cônjuge, se ela for casada, seja o pai, sempre que a criança tiver nascido dentro dos 179 primeiros dias do matrimônio. Mas, como qualquer presunção, essa pode ser destruída. A questão da filiação é, pois, uma questão de aparências, de indícios,

de evidências, mas não da verdade. Com respeito a essa questão, o art. 310-1 do Código Civil francês diz:

A filiação será legalmente estabelecida, nas condições previstas no Capítulo II do presente título, por efeito da lei, por reconhecimento voluntário ou pela posse do estado, comprovado mediante ata de notoriedade. Também poderá ser determinada pela sentença judicial nas condições previstas no Capítulo III do presente título.

Como adverte François Terré, “em qualquer idade, a relação de filiação cria entre o indivíduo e os seus autores um vínculo biológico, afetivo, espiritual, que o Direito assume, modela, copia, às vezes deforma” (Terré, 1996: 545). Trata-se, pois, de uma questão eminentemente cultural e, por isso, passível de evoluir com o tempo. Assim, a filiação agnática do Direito romano supôs um modelo de paternidade exclusivamente masculina que não tinha necessariamente uma origem fisiológica e que repousava essencialmente sobre a vontade do *pater familias*.

Vamos lembrar que o Direito canônico proibia a adoção e que o antigo Direito francês determinava a maternidade e a paternidade pelo parto, ficando esta última reservada ao homem, unindo-se, dessa forma, a procriação carnal e espiritual na figura do marido. Pelo contrário, o filho gerado fora do casamento (bastardo) não tinha mais do que um progenitor.

O Código de Napoleão reserva os seus favores ao filho legítimo, ou seja, àquele que nasceu no seio do casal unido em matrimônio. Desde 1972, as sucessivas reformas eliminaram a diferença entre filho legítimo e filho natural. Como destacamos anteriormente, a filiação leva em consideração não apenas a realidade biológica e a vontade, mas também o tempo (posse de estado). Concretamente, com relação a esse último caso, o art. 311-1 do Código Civil estabelece:

A posse do estado acontece mediante a reunião de suficientes fatores que revelem o vínculo de filiação e de parentesco entre uma pessoa e a família à qual se diz pertencer. Desses fatos, os principais são:

1º Que essa pessoa tenha sido tratada como filho(a) pela pessoa, ou pessoas, da família à qual considera pertencer e as trate como seus próprios pais.

2º Que, com essa mesma condição, essas pessoas tenham contribuído para a sua educação, a sua manutenção e bem-estar.

3º Que essa pessoa seja reconhecida como filho próprio pela sociedade e pela família.

4º Que essa pessoa seja reconhecida como tal pela autoridade pública.

5º Que essa pessoa sempre tenha levado o sobrenome daqueles de quem diz ter nascido.

Tal como adverte G. Cornu: “O direito de filiação não é apenas um direito da verdade (biológica), é um direito da vida, do interesse da criança, da paz da família, dos afetos, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa...”.

Quando o Direito assimila a filiação e a procriação, o faz com muita prudência. De fato, o acesso à certeza biológica está estritamente enquadrado e delimitado. Com respeito a essa questão, o art. 16-11 do Código Civil francês diz:

[...] No âmbito civil, a identificação mediante a impressão genética não poderá ser investigada senão em execução ou em cumprimento de uma resolução judicial, em consequência de uma ação com vistas à determinação ou à contestação do vínculo de filiação, ou à obtenção ou suspensão de subsídios. O consentimento do interessado deverá ter sido manifestado prévia e expressamente [...].

A prova científica da análise de sangue é admitida no Direito (desde a sentença de 28 de março de 2000, da Corte de Cassação), mas não pode ser acrescentada ao processo a não ser que existam presunções ou indícios graves. Para a determinação de filiação, não é necessária a diferença de sexos nem a verdade biológica. De fato, a adoção plena pode ser individual ou feita por um casal em matrimônio (por um ou por dois progenitores). Na adoção simples, permite-se criar um vínculo de filiação entre quatro pessoas (os pais originários e os pais adotivos). Temos de acrescentar que uma pessoa pode adotar sozinha, e a progenitora pode optar por não revelar a sua identidade no ato do parto (*aouchement sous X*), assim como o doador anônimo de esperma nunca se

transformará no pai da criança no caso de utilização de técnicas de reprodução assistida (AMP).

A PATERNIDADE DOS CASAIS DO MESMO SEXO

Enquanto até os anos 1990 o conjunto de especialistas de Direito de Família concordava com a dimensão eminentemente social da filiação (modelo civilista), desde que emerge na cena pública a reivindicação homoparental, começa a sair à luz uma redefinição do tipo naturalista.

Os posicionamentos liberais de vários magistrados ao longo dos anos 1980, com relação às condições de acesso às técnicas de reprodução assistida, dão testemunho – se considerarmos as características tradicionais do direito de filiação – da lógica da imposição de um modelo parental fundamentado sobre a diferença de sexos. Ou, dito de outra forma, na hora de criar um vínculo de filiação, o modelo civilista permitia a autonomia do direito perante a natureza. Na sua condição de Ministro da Justiça, Robert Bainter preconizava, em 1985, uma grande margem de liberdade nessa matéria, justificando, perante o Direito, a liberdade da mulher sozinha a recorrer ao uso de técnicas de reprodução assistida e denunciando, na sua ausência, uma discriminação em virtude da sua situação marital, bem como um atentado à sua vida privada. Também se manifestou contrário à proibição do recurso para as mães substitutas. O seu raciocínio estava baseado no respeito aos direitos fundamentais e, concretamente, no “essencial de dar à vida, de preencher mais intensamente o seu destino humano e garantir a sua descendência”. Na sua opinião, tratava-se de “um direito que o ser humano deve ter reconhecido e garantido por lei para, dessa forma, esperar alcançar o desenvolvimento da sua personalidade, que, na democracia, é o objetivo de toda organização social” (Badinter, 1985: 4-14). Efetivamente, se uma mulher pode abortar legalmente, não há razão para que não possa gestar no seu ventre uma criança para outra mulher ou concretizar um projeto de maternidade por meio da técnica reprodutiva.

Da mesma forma, um juiz conservador como François Terré afirmava que

a proibição do acesso às técnicas de reprodução assistida para aqueles que desejam ter filhos, que não obedeça a uma razão terapêutica, seria pouco satisfatória e constituiria uma interferência na vida privada, contrária à liberdade de procriação, embora seja motivada por preferências pessoais. (Terré, 1987)

Com relação ao argumento da necessidade de impor uma filiação bissexuada (materna ou paterna), isso continuava sendo uma exclusividade dos juízes católicos, apegados à visão naturalista do Código canônico.

O que aconteceu para provocar essa mudança?

Em primeiro lugar, o funcionamento do Comitê de Ética das Ciências da Vida e da Saúde, que permitiu entrarem no debate sobre a futura Lei da Bioética os representantes das religiões e os psicanalistas. Desse modo, a dimensão prática do Direito se viu “contaminada” por uma aproximação ideológica alimentada pelo senso comum, que associa a filiação à biologia.

Em 1988, em um relatório ao Primeiro-Ministro, Guy Braibant faz referência, pela primeira vez, à necessária “afirmação do valor das estruturas naturais do parentesco”. Em 1994, também pela primeira vez, a Lei da Bioética definiu juridicamente o casal como a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado fez referência à ausência de referente paterno no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, apesar de esse referente não ser exigido pela lei. Esse processo político-jurídico produziu uma “naturalização” do casal heterossexual como base da filiação: como uma ordem simbólica à qual o Direito deve se submeter. A “heterossexualização” da filiação existia (e ainda assim permanece) no senso comum (vinculado a uma visão biológica), mas não existia no senso jurídico (vinculado a uma concepção civilista). O discurso religioso e a versão psicanalítica, dessa forma, vieram para confortar a *doxa*. Assim, o acesso às técnicas de reprodução assistida não está pensado politicamente nem construído juridicamente sobre a base de um direito subjetivo ou de uma liberdade individual (como a interrupção voluntária da gravidez ou o uso de anticoncepcionais) ou de um projeto parental da pessoa ou do casal (como a adoção), mas, sim, como um ato médico que serve para minimizar a esterilidade ou evitar uma doença grave. De certa forma, a AMP constitui uma renúncia da esfera política em favor da “razão clínica”. A esse imperativo médico se acrescenta a promoção de um tipo de organização da família: o casal de pais (heterossexual) em idade de procriar... Na França, a legislação sobre a AMP está legitimada por uma concepção da paternidade “natural”, baseada na ideia, pretensamente universal, de que o interesse da futura criança implica o direito a ter uma mãe e um pai biológicos. Esses valores, descritos como naturais, estão na origem da inclusão da AMP entre os serviços que a Previdência Social oferece, justificando a regra pela qual apenas um casal estável, integrado por “um homem e uma mulher em idade de procriar”, teria o direito de ter acesso a essa técnica. O que atualmente está em jogo é não apenas deixar para trás essa concepção da

AMP e abri-la aos casais de lésbicas em nome do princípio da igualdade, mas também, e principalmente, pensar as técnicas de procriação independentemente da justificação médica e do imperativo biparental e heteroparental.

O modelo civilista outorga um papel principal à vontade, permitindo o anonimato dos progenitores, colocando, no caso da adoção, a paternidade social acima da verdade biológica.

É no núcleo desse modelo civilista que se inscreve a lei de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo e a adoção homoparental. É no centro dessa concepção contratualista da família, na qual o acesso às técnicas de reprodução assistida por parte das mulheres sozinhas ou por parte dos casais de mulheres, bem como a legislação relativa à gestação por substituição (GPA) destinada aos casais de homens, que é igualmente possível.

OS EFEITOS DA CONTRATUALIZAÇÃO

Uma vez apresentadas a origem e as implicações teóricas da contratualização da família, vamos ver quais são as principais consequências práticas, tanto em nível do casal quanto da filiação nos âmbitos patrimonial e extrapatrimonial.

Como tínhamos destacado no início deste trabalho, o divórcio aparece nos princípios do direito moderno como sendo um contrato, uma vez que as partes podem resolver de comum acordo colocar fim no matrimônio. O principal efeito da contratualização é o divórcio. No entanto, ainda se exige a presença do juiz para validar esse contrato de ruptura. Se não há conflito algum entre as partes, a assinatura do contrato de divórcio e um simples registro administrativo deveriam ser suficientes para produzir efeitos entre as partes e sobre terceiros. Nada justifica a intervenção do juiz se não há disputa alguma ou risco de abuso por alguma das partes ou com respeito aos menores. Há tempos os diferentes ministros de justiça, tanto de direita quanto de esquerda, indistintamente, têm tentado criar na França um divórcio administrativo, mas o *lobbying* dos advogados faz dele uma tarefa impossível.

Além do divórcio, há vários empecilhos para uma plena contratualização, tanto em nível horizontal quanto vertical.

A respeito do casal, a principal barreira está na concepção vigente (embora, ao meu modo de ver, pré-moderna) do matrimônio como sendo uma união não apenas de duas pessoas, mas também de duas famílias. Assim, as relações de aliança (ou de parentesco por afinidade, como se diz na Espanha)

geram obrigações patrimoniais (alimentos, assistência...) e extrapatrimônias com a família política. O casamento, como aliança de famílias, não guarda correspondência com a realidade social, nem com o sentimento dos cônjuges, que de forma alguma entendem estar se unindo com a família do outro cônjuge.

Da mesma forma, ainda há muitos imperativos públicos que diminuem a capacidade das partes. O primeiro é a limitação do contrato matrimonial a duas pessoas. Tratando-se de pessoas maiores de idade e capazes, não deveria existir impedimento algum para que contraíam matrimônio mais do que dois indivíduos livres e que consintam nisso. Se a poligamia pode ser considerada um contrato nulo, uma vez que está fundamentada na inferioridade da mulher e na correlativa dominação de um homem sobre várias mulheres, nada impede que, em situação de igualdade, sejam celebrados contratos matrimoniais entre vários homens e uma mulher ou entre várias pessoas, independentemente do gênero e da sua orientação sexual. Da mesma forma, a obrigação de fidelidade, como princípio de ordem pública e, portanto, irrevogável pelas partes, resulta ser contrária à liberdade contratual. De fato, a obrigação de fidelidade aparece como a condição da presunção de paternidade, presunção que, por sua vez, também é contrária ao princípio da contratualização, segundo o qual nenhum elemento alheio à vontade deveria gerar efeitos jurídicos. Como dissemos anteriormente, a contratualização da filiação passa pelo reconhecimento dos menores (filhos biológicos ou não), e não pela presunção de ser genitor. A obrigação de fidelidade surge como um dever moral (condenação do adultério), que, no caso de não cumprimento, leva a sérios prejuízos, como o divórcio culposos, na França, ou a perda de herança e do direito de alimentos, na Espanha.

Da mesma forma, nenhum regime automático de tutela é compatível com a autonomia da vontade; portanto, outro efeito da preeminência das regras dispositivas sobre as regras imperativas é terminar com a referida tutela involuntária dos cônjuges entre si ou dos pais com respeito aos filhos.

Sem dúvida alguma, é no nível patrimonial que se tem realizado a maior parte do processo de contratualização. Assim, os cônjuges podem optar por diferentes formas de organizar o seu patrimônio, e não regime de bens comuns, mas o regime de separação dos bens (regime legal supletório) deve ser o presumido no caso de ausência de contrato específico. A solidariedade por dívidas relativas às despesas familiares também deve ser considerada como limitada exclusivamente à separação de bens. Novamente, as maiores resistências estão em nível vertical. De fato, a reserva patrimonial que resulta do regime de bens reduz substancialmente a capacidade dos indivíduos para

disponham do seu patrimônio *mortis causa*. Frequentemente se argumenta que o regime de bens permite proteger os membros da família, mas, na verdade, esse sistema perpetua situações de desigualdade, já que são as famílias com maiores recursos as que mantêm no seu seio o patrimônio. Outra opção socialmente mais justa seria aquela que, no caso de ausência de testamento, constitua como beneficiárias instituições públicas de assistência social, por exemplo.

Na esfera extrapatrimonial, um sistema de contratualização permite também dispor livremente dos sobrenomes, tanto da quantidade e da ordem que os pais pretendem transmitir aos filhos quanto da possibilidade de que estes últimos alterem essa ordem ou resolvam, quando maiores de idade, utilizar apenas um sobrenome se assim o desejarem.

A respeito da filiação, a preeminência das regras dispositivas faz emergir a figura da adoção como modelo, pois é nessa forma de organização parental que a vontade unilateral dos futuros pais permite criar o vínculo filial, contrariando o sistema biológico, que cria vínculos familiares, inclusive contra a vontade dos progenitores, especialmente dos homens. Ao contrário da mulher, que na França pode optar por abandonar a criança no momento do nascimento (*accouchement sous X*), basta uma relação sexual fecunda para fazer do homem um pai, com todas as implicações jurídicas do caso.

O abandono legal do filho biológico para as mulheres e a sua possível extensão para os homens constituem uma garantia para o menor. Ao ter a possibilidade de abandoná-lo, os pais se sentirão mais livres para reconhecê-los e, se eles não o fizerem, esses filhos poderão ser adotados por pessoas que desejarem assumir plenamente um projeto parental. Abandonar a prole é considerado, pela moral cristã, como um ato aberrante; no entanto, podemos ver nesse gesto o contrário, ou seja, podemos vê-lo como um gesto de amor para com alguém a quem se dá a possibilidade de ser acolhido por uma família que poderá sustentá-lo, tanto material quanto moralmente, melhor do que o progenitor.

Da mesma forma, o menor, ao chegar à idade adulta, deveria poder abandonar legalmente os seus pais e, eventualmente, mudar de sobrenome, se for adotado por outras pessoas. Forçar os indivíduos a manter relações não desejadas e criar obrigações entre elas é a melhor forma de alimentar a violência psicológica e social, situações contrárias aos objetivos de liberdade, igualdade e solidariedade que devem ser incentivados por qualquer ordem jurídica.

LISTA DAS OBRAS CITADAS

- BADINTER, Robert. Discours devant le Conseil de l'Europe. *Le Débat*, Paris, n, 36, 1985.
- BACHOFEN, Johann Jakob. *Le droit maternel: recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*. Ed. Age d'Homme, 1996.
- BAUD, Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*. Paris: Le Seuil, 1993.
- BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en Occident*. Paris: Hachette, 2005.
- BORRILLO, Daniel. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le "PaCS de la filiation". *Droit et Société*, Paris, n. 72, 2009.
- BORRILLO, Daniel. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011.
- BORRILLO, Daniel. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, "Le genre: une question de droit?", n. 2, p. 263-274, 2011.
- BORRILLO, Daniel; FLORES RODRIGUEZ, J. La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. *Actualidad Civil*, Editorial La Ley, Sección A Fondo, n. 4, t. 1, abr. 2013.
- BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amoures égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*. Coll. "Sur le vif". Paris: La Découverte, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. *La Distinction*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.
- BURGUIERE, André. Klapisch-Zuber, Christiane et Martine Segalen, Françoise, 1994. In: *Histoire de la famille*. Paris: Armand Colin.
- CAI HUA. *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*. Coll. Ethnologies. Paris: PUF, 1997.
- CARRER, Philippe. *Le matriarcat psychologique des bretons: essais d'ethnopsychiatrie*. Paris: Payot, 1994.
- COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.
- CORNU, Gerard. *Droit civil: la famille*. 9e édition. Paris: Montchrestien, 2006.
- DAMON, Julien. *Les familles recomposées*. Paris: PUF "Que sais-je?", 2012.
- DECHAUX, Jean-Hugues. *Sociologie de la famille*. Paris: La Découverte "Repères", 2009.
- DELAISI DE PARSEVAL, Genevieve. *Famille à tout prix*. Paris: Seuil, 2008.

- DE SINGLY, François. *Sociologie de la famille contemporaine*. Paris: Nathan, 1993.
- DUFOUR, Alfred. *Mariage et société moderne, les idéologies du droit matrimonial moderne*. Fribourg: Editions Universitaires, 1997.
- DURAND DE MAILLANE (1791). *Archives Parlementaires*, Paris, t. XXVI, p.166-167, 1887.
- ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Zurich, 1884.
- EVANS-PRITCHARD, E. *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé*. Trad. Fran. 1972. Paris: Gallimard, 1937.
- FASSIN, Eric. La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique, 1999. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. *Au-delà du PaCS*. Paris: PUF, 1999.
- _____. La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction. *Journal des Anthropologues*, numéro spécial Médecine et biologie: chimères et production du social, 88-89, p. 103-122, 2002.
- _____. Naturalisation. Filiation, famille et nationalité. In: FASSIN, E.; DORLIN, E. *Reproduire le genre*, Paris: Bibliothèque publique d'information du Centre Pompidou, 2010.
- FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, n. 21, 2002-1.
- FRAÏSSEC, Christèle. La famille homoparentale, une représentation sociale émergente. *Bulletin de Psychologie*, 4/2012, n. 520, p. 337-350.
- MAGLI, Ida. *Matriarcat et pouvoir des femmes*. Paris: Ed. Des Femmes, 1983.
- OGIEN, Ruwen. *La panique morale*. Paris: Grasset, 2004.
- PARSONS, Talcott. The American Family: its Relations to Personality and the Social Structure. In: PARSONS, T.; BALES, R. F. (Org.). *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.
- RAWLS, John. *¿Debe abolirse la familia?* (1987). Traducido y publicado en la revista *Comprender*, n. 2, 2001.
- RENAN, E. *Qu'est-ce qu'une nation?* Conférence en Sorbonne, le 11 mars 1882.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social ou principes du droit politique. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.doc>.
- ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. Paris: Odile Jacob, 1989.
- SEDILLEZ (1792). *Archives Parlementaires*, Paris, t. XLIX, p. 610, 1896.

TERRE, François. *L'enfant de l'esclave*. Paris: Flammarion, 1987.

TERRE, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil*. Les personnes. La famille. Les incapacités. Paris: Dalloz, 1996.

THERY, Irène. *Le démariage*: Justice et vie privée. Paris: Odile Jacob, 1993.

TORT, Michel. *La fin du dogme paternel*. Paris: Flammarion, 2005.

Submissão em: 14.09.2016

Aceito em: 14.09.2016