



HAL
open science

O sexo e o Direito

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. O sexo e o Direito: A logica Binaria dos Géneros e a Matriz Heterossexual da Lei. Meritum : Revista de Direito da Universidade FUMEC, 2010, 5 (2). hal-01236318

HAL Id: hal-01236318

<https://hal.science/hal-01236318>

Submitted on 1 Dec 2015

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.

RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, 1999.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Amexex)*: art. 288. Disponible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000647915&dateTexte>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*. Paris: Odile Jacob, 2002. 329 p.

THERY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* [Rapport officiel]. Paris: Odile Jacob, 1998.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA), première chambre, 8 juil. 2005. Disponible en: <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G II*, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, note Guez.

O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei

Daniel Borrillo*

O talento empregado para uniformizar as atitudes dos indivíduos que possuem dons diferentes permite aumentar consideravelmente o número de indivíduos exteriormente comparáveis nos seus funcionamentos sociais, mas tende a destruir as diferenças subjetivas que poderiam, elas também, contribuir para o enriquecimento da civilização.

Margaret Mead

Resumo: A lógica binária dos sexos, apesar de não ser muito explícita, aparece como suporte do sistema jurídico no que diz respeito aos direitos das pessoas e da família. A partir do nascimento, o indivíduo é classificado como feminino ou masculino, condição que o acompanhará pelo resto de sua vida jurídica. Os casos dos intersexuais e dos transexuais evidenciam a violência das atribuições obrigatórias e mostram as dificuldades pelas quais passam essas pessoas para encontrar

* Daniel Borrillo é professor de Direito Privado na Universidade Paris Oeste e pesquisador associado ao Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS). Apresenta um seminário doutoral sobre o Direito das Sexualidades no Master de Direito do Homem e das Liberdades Públicas. É autor da disciplina e publicou, em 2009, *O direito das sexualidades*, na importante coleção "Os caminhos do direito" da Presses Universitaires de France (PUF). Daniel Borrillo é professor convidado de várias universidades do continente. E-mail: borrillo@u-paris10.fr. A revisão da tradução foi feita pelas Profas. Flávia de Ávila e Maria Tereza Fonseca Dias, integrantes da coordenação editorial da revista *Meritum*.

um termo que atenda ao sexo subjetivo e ao jurídico. Com base em um estudo do direito civil francês, neste artigo são analisadas, de maneira crítica, a atribuição de gênero e a matriz heterossexual da lei para propor o fim da categoria “sexo” nas certidões de nascimento. Segundo o autor, assim como a raça, a classe ou profissão, o gênero não funciona como elemento definidor do sujeito de direito.

Palavra-chave: Sexo. Gênero sexual. Transexualismo. Hermafroditismo. Intersexuais. Registro civil. Casamento entre pessoas do mesmo sexo.

1 INTRODUÇÃO

Na *Organização dos sexos*, Goffman descreve o gênero como o código fundamental em torno do qual se articulam as interações humanas e se organizam as estruturas culturais.¹ Os dados biológicos da diferença de sexos (as mulheres dão à luz, amamentam e são geralmente menores...) determinaria uma atribuição específica. Embora se trate de uma diferença pouco significativa, comparada a outras como a idade, a fortuna, a origem étnica..., ela aparece como fundamental quando se trata de definir os papéis sociais. Para Goffman, as diferenças objetivas são menos relevantes do que o dispositivo cultural que fez dessas diferenças um sistema de nossas convenções sociais tão inteligível que acaba parecendo natural.

Judith Butler tem razão ao afirmar que não existe uma diferença objetiva anterior ao gênero (tal como o sexo), mas é o

¹ Cf. GOFFMAN, E. The arrangement between the sexes. *Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977, traduzido em 2002 e publicado pela *La Dispute* (Col. Le Genre du Monde).

gênero, ele mesmo, que produz a diferença e a perpetua.² Thomas Laquer, no exemplo de Michel Foucault, mostra que a partir do século XVIII foi realizada, com a expansão da biologia e da medicina, uma “sexualização” do gênero, o qual era, até então, pensado muito mais em termos de identidade ontológica e cultural do que física. O gênero define, desde então, qualidades, virtudes e papéis de acordo com as raízes biológicas.³ O gênero se torna, assim, uma epistemologia que permite dar sentido à diferença dos sexos. O humano é, a partir de agora, constituído de dois corpos estáveis, definidos biologicamente por duas gramáticas distintas, XY e XX, permitindo uma escrita coerente com o destino individual e social. Homens e mulheres estabelecem um comércio sexual organizado em torno de uma ordem hierárquica e com finalidade reprodutiva: a heterossexualidade. A psicanálise fornece a teoria que permite explicar, com base no gênero, a orientação sexual dos indivíduos:

Excesso de mãe e falta de pai deixam o menino numa simbiose muito profunda e, principalmente, muito prolongada, é impregnada sua vida de uma identidade feminina. Para se sentir masculino, um menino deve se desvincular dessa simbiose, ajudado por seu pai, que se colocará como rival e como modelo identificador. Em caso de fracasso, seu gênero terá todas as chances de pender para o feminino. Isso seria igualmente válido para a menina: excesso de pai e pouca simbiose maternal conduzirá a menina em direção ao polo masculino.⁴

² Cf. BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Prefácio de Éric Fassin, tradução de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.

³ Cf. LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en Occident*. Paris: Gallimard, 1992.

⁴ DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, p. 40.

1.1 A gramática dos sexos

Desde o nascimento, as crianças são inscritas em uma ou em outra classe sexual. Essa atribuição universal, em princípio irreversível, determinará, mediante uma classificação durável, uma socialização diferenciada. Supostamente fundamentada numa realidade biológica, a *summa divisio* sexual aparece como natural e inevitável. Certas leituras, como também a vulgata psicanalítica,⁵ reafirmam a ideia segundo a qual as diferenças entre os sexos constituem não apenas um fato, mas veiculam valores como a diversidade e a complementaridade, reservando a uns a reprodução e aos outros, a produção, tudo isso numa ordem conjugal.

Numerosos estudos e ensaios – a começar pelos de Margaret Mead⁶ e de Simone de Beauvoir⁷ – demonstram, desde o pós-guerra, que o temperamento é determinado culturalmente. O argumento da “diferença de sexos” continua até hoje a ser enfatizado, notadamente por prescrever o caráter heterossexual do casamento e da filiação.⁸

Na ordem binária dos sexos, os indivíduos são, necessariamente, distribuídos em dois grupos: machos ou fêmeas. Os comportamentos esperados por essa “nomenclatura sexual” determina as relações sociais de sexo, quer dizer, a referência, os protótipos de masculinidade e de feminilidade, construídos

⁵ Para uma análise crítica do discurso e da prática psicanalítica, cf. ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse*: notes sur l'amour et l'amitié. Paris: Léo Scheer, 2005.

⁶ Cf. MEAD, M. *L'un et l'autre sexe*: le rôle de l'homme et de la femme dans la société (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

⁷ Cf. BEAUVOIR, S. de *Le deuxième sexe*. Paris: Gallimard, 1949.

⁸ O casamento não é apenas um casal, mas, de acordo com Irène Théry, “[...] a instituição que liga a diferença dos sexos à diferença das gerações”. (Cf. THÉRY, Irène. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Paris: Odile Jacob, 1998. [Rapport officiel])

pelas sociedades e com base nos quais se mede o conjunto de comportamentos humanos. Para ilustrar essa ideia, Jessie Bernad⁹ associa certas características às mulheres: afetividade, passividade no amor, obediência, modéstia, pudor, amor ao lar, tendência monogâmica, gosto pela moda, cuidados com o bebê... Essa situação se encontra no universo profissional, no qual as mulheres ocupam, majoritariamente, os postos de secretárias, recepcionistas, babás, enfermeiras ou domésticas.

As análises de Sylvie Schweitzer demonstram que o trabalho propriamente dito, durante muito tempo, não foi proibido às mulheres, mas, sim, algumas profissões, que permitiam as tomadas de decisão e, consequentemente, a organização das mudanças sociais.¹⁰ Em matéria de divórcio, a mesma concepção essencialista orienta a jurisprudência, que dá à mãe, quase que sistematicamente, o direito de guarda dos filhos na infância. A lei civil também considera o sexo (feminino) um elemento que permite qualificar a violência como um vício do consentimento.¹¹

A família como primeiro contato de socialização orienta a menina para assumir um papel de natureza doméstica e o menino para as atividades fundamentadas na competição. Várias pesquisas mostraram que a literatura infantil raramente retrata um mundo paritário no qual meninos e meninas exercem atividades de forma igualitária. A função maternal é onipresente e aparece como modelo de adulto feminino, enquanto o trabalho valorizado aparece como uma atividade principalmente masculina. Quando

⁹ Cf. BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*, p. 26.

¹⁰ Cf. SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé*: une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles, p. 322.

¹¹ Art. 1.112 do Código Civ.: “Existe violência quando ela pode impressionar uma pessoa racional e ocasionar-lhe medo de se expor ou sua fortuna a um mal considerado e presente. Concluíramos nessa matéria a idade, o sexo e a condição das pessoas.”

uma mulher trabalha, ela atua nas profissões de ensino ou de cuidado de crianças.¹² Como observam Blandine Destreumeau e Bruno Lautier, “[...] o trabalho feito pelas empregadas domésticas é uma das principais formas de emprego feminino na maior parte do mundo”.¹³ O acesso das mulheres às profissões nobres acarreta sempre uma desvalorização relativa.¹⁴

O conhecimento do gênero possibilita, dessa maneira (e ainda), a construção ideológica de complementaridade. Cada um aprende qual é o seu lugar, o que determina não somente uma função social específica, mas também uma identidade psicológica de tal forma que Goffman considera o gênero, e não a religião, como o eixo dos povos. Na realidade, a identidade sexual permanece como a mais forte das identidades nas sociedades ocidentais.¹⁵ Os ideais sexuais funcionam de tal maneira que permitem a pesquisa de identificação subjetiva e de complementaridade “objetiva”: a fragilidade feminina concorda com a solidez masculina e a propensão doméstica da mulher com a capacidade de realizar projetos destinados aos homens. Assim, o casamento funciona mais como um teatro, onde se interpretam os papéis de gênero, do que um lugar de solidariedade do casal e de acolhimento dos filhos. Isso explica a resistência para expandir essa instituição para casais de mesmo sexo, reivindicação vista como o início da não diferenciação dos sexos, devastadora para a civilização:

¹² Cf. BRUGELLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.

¹³ Cf. BLANDINE, Destreumeau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, p. 252.

¹⁴ Cf. BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

¹⁵ Cf. FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.

Institucionalizar a homossexualidade com um status familiar, é colocar o princípio democrático a serviço do fantasma. É fatal, na medida em que o direito fundamentado no princípio genealógico, cede seu lugar a uma lógica hedonista, herança do nazismo.¹⁶

A lógica binária do gênero assume, nesse contexto homofóbico, nova significação. Ela não rejeita o *status* de um ou outro sexo tanto quanto sua complementaridade¹⁷ – ou, dito de outra forma, a heterossexualidade.¹⁸ Efetivamente, o direito institui o princípio da não discriminação de sexos, tanto na esfera privada como na pública: a igualdade conjugal e a igualdade parental são quase perfeitas e a paridade é um objetivo constitucional. A conservação da categoria “gênero” não é mais tão pertinente quando ela se refere à condição das mulheres. O gênero, ao contrário, permanece muito atual, como dispositivo da diferença dos sexos, base do laço conjugal e parental. O principal obstáculo à igualdade deixa de ser o gênero como “classe das mulheres”

¹⁶ Cf. LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, não paginado, 23 out. 2001.

¹⁷ A Grécia antiga concebia a complementaridade de maneira bem mais aberta: “Assim, diz Aristóteles, a partir de um tempo também distante foi implantado no homem o amor que ele tem por seu semelhante: amor agregador de nossa natureza primitiva, amor que tenta fazer de dois seres um só – dito de outra forma, de curar a natureza humana. Cada um de nós é, então, a metade complementar do outro. Se Zeus partiu do homem, isso faz com que os homens só se interessem pelos homens. Se ele partiu de uma mulher, isso faz com que as mulheres não prestem muita atenção nos homens. Se ele partiu de um andrógino, a parte homem é apaixonada pelas mulheres, e isso faz com que os maridos traiam suas mulheres, a parte mulher é apaixonada pelos homens, e isso faz com que as mulheres traiam seus maridos. (PLATON. *Le banquet*, p. 325)

¹⁸ Cf. BORRILLO, D. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les enracines de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.). *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.

para ser o gênero como complementaridade, critério que se refere à preeminência da heterossexualidade nas instituições de direito da família.

1.2 A tradução jurídica da realidade social

O direito não tem unicamente uma vida objetiva, ele existe igualmente na experiência subjetiva dos atores individuais¹⁹ e, nesse sentido, participa muito ativamente da organização dos sexos tanto do indivíduo com relação a ele mesmo, como também nas relações familiares e sociais. Desde a invasão da escola histórica, o direito não pode ser concebido unicamente como um conjunto abstrato de regras impostas à sociedade, mas como parte integrante dessa sociedade, que mergulha suas raízes nas práticas e hábitos culturais e na tradição. Raramente mencionado explicitamente, o sexo é onipresente no direito como instituição de origem patriarcal, na qual a subordinação das mulheres e das crianças, como também a injunção à heterossexualidade constituem os pilares do poder jurídico. A exemplo de Foucault, o poder deve ser pensado de maneira mais ampla, mais como força produtiva das relações sociais que como simples poder repressivo. Desse modo, o direito aparece não somente como depositário do real, mas igualmente como seu criador; momento no qual o real fica gravado no mármore da lei.²⁰

¹⁹ Pode parecer estranho fazer uma afirmação tão banal quanto evidente, mas, no contexto do ensino do direito francês e de sua reprodução teórica, não é inoportuno lembrar que o direito é apenas uma variável dependente da sociedade, ponto de acordo do conjunto de teorias não positivistas, tais como o culturalismo, os *Critical Legal Studies*, o funcionalismo ou o estruturalismo jurídico.

²⁰ Cf. MACCORMICK, D. Neil; BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir.). *Théorie des actes du langage, éthique et droit*. Paris: PUF, 1986.

Apesar dos significativos avanços em matéria de contracepção nos últimos quarenta anos — homossexualidade, transexualismo... —, a sexualização do sujeito pelo direito continua a ser um ato de produção de desigualdades ocultas pelo caráter natural da atribuição dos gêneros, tanto pelo estabelecimento do estado das pessoas (I), como também pelo acesso au direito ao casamento e à filiação (II).

2 SEXO E ESTADO DAS PESSOAS

O sujeito de direito é a pessoa física ou moral, titular de prerrogativas e de obrigações. Quando a pessoa moral aparece como uma entidade assexuada, o indivíduo — pessoa física — é, no estado atual do direito positivo, necessariamente macho ou fêmea. É necessário esperar o ano 2010 para que uma autoridade pública²¹ admita a existência do gênero neutro,²² categoria, não obstante, onipresente no inconsciente coletivo ocidental²³ e explícito no plano gramatical.²⁴

Norrie May-Welby é a única pessoa no mundo a ser considerada juridicamente de sexo “neutro” e a Austrália, o

²¹ Governo de New South Wales, Austrália, março de 2010.

²² A. Lacassagne, um dos fundadores da medicina legal na França, propôs a inscrição do gênero neutro nas certidões de nascimento no caso de hermafroditas. (Cf. LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, p. 91)

²³ Segundo Platão, a espécie humana comportava três gêneros: os machos nascidos do Sol, as fêmeas nascidas da Lua e os andróginos (os mais numerosos), que participavam dos dois planetas ao mesmo tempo.

²⁴ Como observa Bryher, “[...] os nomes das coisas, na língua inglesa, não estão nem no feminino nem no masculino; eles não têm gênero, o que é muito mais sensato e muito mais tranquilo”. (BRYHER, Anute W. Préface. In: BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*, p. 14-15)

primeiro país a registrar na certidão de nascimento: *not-specified gender*. No entanto o processo Norrie May-Welby permanece como exceção que confirma a regra: não há outra solução agora a dualidade de sexos...

O estado da pessoa é constituído por regras que definem sua personalidade jurídica e que o individualizam com relação à sua família e à sociedade. O estado de uma pessoa compreende, principalmente, seu sobrenome e nome, seu lugar e data de nascimento, sua filiação, sua nacionalidade, sua capacidade civil, seu domicílio, seu estado civil (solteiro, casado, *pacsé* [partícipe do PACS²⁵] ou divorciado) e seu sexo.

A primeira alínea do art. 57 do Código Civil dispõe: “A certidão de nascimento enunciará o dia, a hora e o lugar do nascimento, o sexo da criança e os nomes que lhes serão atribuídos [...]”. Desse modo, o exame dos órgãos genitais externos do recém-nascido determina:

- a dependência de um ou de outro sexo,
- o reconhecimento desse estado pela sociedade (estado civil),
- a atribuição de nomes na maioria dos casos, sem ambiguidade quanto ao sexo daquele que o porta.

Acontece, não obstante, que a criança possui órgãos genitais dos dois sexos. Na antiguidade greco-romana, o hermafroditismo era considerado uma monstrosidade: “Os seres possuidores de

²⁵ NT: O PACS (Pacto Civil de Solidariedade) é uma modalidade convencional de organização da vida comum entre duas pessoas físicas maiores, indistintamente oferecida aos casais heterossexuais ou homossexuais; espécie nova de contrato civil (Código Civil, art. 515-1 e seg.) que cria entre os partícipes um vínculo de solidariedade (ajuda mútua, obrigação solidária das dividas da família) e submete todos os bens adquiridos a título oneroso, posteriormente, ao PACS, à propriedade conjunta; pacto de caráter precário e formalista. [CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*, p. 651, tradução nossa]

dois sexos parecem ter sido impiedosamente eliminados, como se fossem monstros, quer dizer, como sinais funestos enviados aos homens pelos deuses para manifestar sua cólera e para anunciar a destruição da espécie humana”.²⁶ Segundo um texto de Maomé, “[...] se um homem penetra sua mulher durante suas regras, o diabo o precede e a engravida de crianças hermafroditas”.²⁷

O direito moderno reproduz essa concepção maldita da dupla dependência com os sexos masculino e feminino. Na realidade, de acordo com a jurisprudência atual, “[...] todo indivíduo, mesmo que apresente anomalias orgânicas, deve ser obrigatoriamente relacionado a um dos dois sexos, masculino ou feminino, o qual deve ser mencionado na sua certidão de nascimento”.²⁸ Além do mais, *as instruções gerais relativas ao estado civil* determinam que,

quando o sexo do recém-nascido é indeterminado, convém evitar a colocação de ‘sexo indeterminado’, e o tabelião deve aconselhar os pais a procurar um médico que lhes informe qual o sexo mais provável, levando em conta, caso não haja outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Esse sexo será indicado na certidão de nascimento, podendo ser retificado juridicamente, caso haja erro posteriormente.²⁹

²⁶ BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphrodisme dans l’antiquité gréco-romaine*, p. 9.

²⁷ MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l’Aire, 2008 *apud* ABU-SAHLEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*, p. 192.

²⁸ PARIS. Cour d’Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe), *Dalloz*, p. 508, 1999, conclusion Granjon. Disponível em: www.1-paris10.fr. Acesso em: 10 jan. 2009.

²⁹ REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l’état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000647915&dateTexte>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Chamado antigamente de hermafroditismo (filho de Hermes e de Afrodite),³⁰ hoje esse fenômeno é conhecido cientificamente pelo termo de “intersexualidade”.³¹ Em caso de força maior, é possível a modificação do sexo declarado, caso seja considerado como resultado de um erro material pelo fato da incerteza inicial. Em consequência disso, o Supremo Tribunal de Versailles acatou o pedido de retificação da certidão de nascimento e a mudança do nome de uma criança que apresentou, desde seu nascimento, órgãos genitais masculino extremamente atrofiados; nesse caso, o sexo indicado no início foi considerado errado.³² De qualquer forma, cabe ao médico determinar o gênero do recém-nascido. Estamos distantes da proposta do Ministro da Justiça de 1816 que, a respeito dos hermafroditas, afirmou que “cabe aos indivíduos e a seus pais escolher o sexo que lhes parecer mais correto”. Somente no fim do século XIX Lacassagne, fundador da medicina legal, solicitou a mudança da certidão de nascimento para que o médico determine “o sexo e a inscrição como homem, mulher ou neutro nas certidões de nascimento”.³³

Afora os casos de hermafroditismo, o Tribunal de Cassação adotava uma posição restritiva e só aceitava pedidos de retificação de estado civil em circunstâncias excepcionais – por exemplo, o caso de um homem que obteve a mudança de seu nome tendo em vista ter sido deportado durante a Segunda Guerra Mundial e submetido a experiências cirúrgicas.

³⁰ O mito de hermafrodita contado por Ovidio no livro IV das *Metamorfoses* é a primeira explicação desses indivíduos que parecem “não ter algum sexo ou ter os dois”.

³¹ Caracterizado pela presença de um mesmo sujeito de tecido testicular e de tecido ovariano separados ou fundidos num só órgão.

³² VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, nota Guez.

³³ LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil*, p. 91.

Durante muito tempo, a justiça francesa ficou surda às solicitações dos transexuais e, mesmo que a operação de modificação de sexo fosse aceita, a modificação de estado civil lhes era negada em nome da indisponibilidade de estado das pessoas, princípio de ordem pública:

O transexualismo, mesmo que seja cientificamente reconhecido, não pode ser analisado como uma real mudança de sexo, o transexual, pois mesmo tendo perdido certas características de seu sexo de origem, a pessoa não adquiriu aquelas do sexo oposto.³⁴

O transexualismo (conhecido cientificamente sob a denominação de “disforia do gênero”) é o sentimento de pertencer ao sexo oposto, aquele designado quando de seu nascimento. O transexualismo coloca em evidência a complexidade do sexo e dos seus diversos componentes: sexo genótipo, sexo fenótipo, sexo endócrino, sexo psicológico, sexo cultural e sexo social. Quando não há relação entre os aspectos biológicos e psicológicos do sexo, algumas pessoas ficam diante de uma situação de distúrbio de identidade de gênero. Elas desejam, constantemente, submeter-se a uma intervenção cirúrgica para retificar a anatomia³⁵ e mudar a certidão de nascimento. A recusa para tornar os documentos de identidade de acordo com o novo sexo foi considerada pela Corte europeia dos direitos do homem, contrária ao respeito da vida privada,³⁶ provocando

³⁴ PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transexualisme), *Bulletin Civil* I, n. 117, p. 83.

³⁵ As primeiras operações de mudança de sexo aconteceram durante os séculos 1º e 2º a.C. (Cf. ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GERULANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. *Andrologie*, v. 11, n. 2, p. 89-93, 2001)

³⁶ *B. vs. a França*, 25 de março 1992, n. 13343/87. Essa decisão da Comissão Européenne des Droits de l'Homme produziu uma mudança de sua própria jurisprudência. Com efeito, nas pendências *Van Oosterwijck vs. Bélgica*, de 6

uma reviravolta na jurisprudência francesa.³⁷ A partir de então, o transexual pode obter a mudança de seu estado civil se sua morfologia for modificada³⁸ e se seu comportamento social lhe conferir uma aparência do sexo reivindicado. No entanto, se a modificação física não for definitiva, o juiz nega a mudança do nome.³⁹ A verdade social e a aparência antecedem a realidade cromossômica.

Após registrada a mudança fisiológica na certidão de nascimento e em outros documentos de identidade, o transexual pode exercer todos os direitos ligados ao novo sexo, inclusive o direito ao casamento.⁴⁰ Questiona-se, não obstante, sobre o futuro do laço matrimonial, caso o transexual seja casado antes da mudança de sexo.⁴¹ Se não existem problemas particulares quando

novembro de 1980, n. 7654/76; *Rees vs. Reino Unido*, de 17 outubro de 1986, n. 9532/81; e *Cossey vs. Reino Unido*, de 27 setembro de 1990, n. 10843/84, a CEDH não havia condenado os Estados que não modificaram a certidão de nascimento dos transexuais.

³⁷ PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP II*, p. 21.991, 1995.

³⁸ O Conselho da Ordem dos Médicos autoriza a conversão sexual desde 1979 (art. 41 do Código de Ética). Destaque-se que as jurisdições penais nunca condenaram um médico por crime de castração nem um transexual por automutilação, mesmo anteriormente à decisão da Ordem. (CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique*: article 41. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. Acesso em: 10 jan. 2009)

³⁹ NANCY. Cour d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom). *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation* (BICC), n. 895, 1º jun. 2004. A cirurgia não é obrigatória na Espanha para a realização de mudança de gênero dos transexuais.

⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 jul. 2002. n. 28957/95.

⁴¹ Ao contrário de outras leis europeias, a lei francesa não exige que o transexual seja solteiro para lhe permitir a retificação de gênero.

os cônjuges decidem se divorciar de comum acordo, a dificuldade aparece quando um dos esposos não deseja romper o laço matrimonial. Nesse caso, o divórcio é decretado tendo em vista a violação constitutiva dos deveres e obrigações do casamento, o que torna intolerável a continuação da vida em comum.⁴² Então, como observa L.Mauger-Vielpeau,

o divórcio por erro não parece constituir a causa da dissolução do casamento adaptado à situação do transexualismo. É, na realidade, inconcebível imputar um erro ao transexual, ou, dito de outra forma, qualificar seu comportamento como voluntário. Desde que o Tribunal de Cassação reconheceu que se tratava de uma síndrome, quer dizer, de uma doença que justifica, sob certas condições, a mudança de estado civil, faltou ao transexualismo a condição subjetiva para caracterizar o erro conjugal, de acordo com o art. 242 do Código Civil.⁴³

A situação se torna ainda mais difícil quando os cônjuges desejam manter o laço conjugal, no caso de mudança de sexo de um deles. Como essa situação produziu um reconhecimento indireto de um casamento homossexual, essa mudança de sexo, de acordo com a doutrina majoritária, tornaria a união caduca por falta de um elemento essencial de ordem pública: a diferença de sexos.⁴⁴

Os laços de filiação existentes antes da mudança de sexo continuam os mesmos; o julgamento retificativo na certidão de nascimento do transexual não tem caráter retroativo. Dessa forma, a certidão de nascimento dos descendentes de um transexual

⁴² NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LP4* 12 avr. 2001, n. 73, p. 20, note J. Hauser, *RTD civ.*, p. 335.

⁴³ MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il "survivre" au transexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, p. 124.

⁴⁴ COURBE, P. *Droit civil de la famille*, n. 73.

não é modificada, e a menção da decisão de mudança de sexo do parente não aparece. O transexual não perde seu *status* de parente nem, em princípio, a autoridade parental e os direitos aos quais está unido. Enfim, mesmo que possa adotar, o transexual não tem acesso às técnicas de reprodução artificial. Com efeito, a lei destina a procriação artificial aos casais heterossexuais estéreis. Da mesma forma, o transexual não pode reconhecer a criança de sua parceira concebido por inseminação artificial com doador.⁴⁵ No entanto, o não reconhecimento de uma criança natural por um transexual, após sua mudança de gênero, não é obstáculo para a concessão de direito de visita e de hospedagem segundo sua vontade.⁴⁶

Contrariamente às soluções do Reino Unido (o *Gender Recognition Act* entrou em vigor em 4 de abril de 2005) e na Espanha (Lei sobre a retificação do gênero das pessoas transexuais, de 8 de novembro de 2006), na França só pode solicitar mudança de gênero o indivíduo que tenha se submetido a uma cirurgia de mudança: a ablação dos órgãos genitais com criação de uma nova vagina como também uma plastia mamária, tratando-se de um transexual homem-mulher.⁴⁷

Mesmo que o transexualismo não seja mais considerado na França como um distúrbio psiquiátrico depois do decreto de 10 de fevereiro de 2010, ele continua a ser uma doença, necessitando

⁴⁵ PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin* I, n. 211, p. 179, 2005.

⁴⁶ AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponível em: <<http://bu.dalloz.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

⁴⁷ Não obstante, o Supremo Tribunal de Rennes admitiu a transição transexual na ausência de cirurgia. [RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, p. 508, 1999]. O Supremo Tribunal de Aix-en-Provence pronunciou-se da mesma forma sobre um decreto assinado em 9 de novembro de 2001.

de intervenção médica. As associações de transexuais consideram humilhante a exigência feita pelo Estado de fornecer certificados de esterilização e de modificação genital para se obter uma mudança de identidade, embora elas desejem reembolso pelo seguro social das despesas realizadas com a mudança de sexo.

A legislação francesa poderia se inspirar naquela dos nossos países vizinhos ou seguir simplesmente a recomendação n° 4, do Comissário dos direitos do Homem do Conselho da Europa, que, no seu relatório temático sobre os "Direitos do Homem e Identidade de Gênero" de 31 de julho de 2009, solicita, "[...] nos textos que compõem o processo de mudança de nome e de sexo, de parar de subordinar o reconhecimento da identidade de gênero de uma pessoa a uma obrigação legal de esterilização e de submissão a outros tratamentos médicos". A mudança legal de sexo poderia também ser feita mediante simples requisição ao juiz, acompanhada de duas testemunhas, que atestariam a realidade e a forma de vida da pessoa no sexo reivindicado.

3 SEXO, CASAMENTO E FILIAÇÃO

Além da condição das pessoas, a sexualidade do sujeito de direito determina as condições de acesso ao casamento e ao estabelecimento do laço de filiação.

As Constituições nacionais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e as Cartas internacionais, consagrando os direitos fundamentais, definem o indivíduo de maneira neutra: "toda pessoa tem o direito..."; "todo indivíduo tem o direito..."; "cada um tem o direito..." ou, ainda, "ninguém pode ser...". Mas quando elas citam o direito ao casamento, os autores desse direito tornam-se identificados pelo gênero (*généres*): "A partir da idade permitida, o homem e a mulher têm o direito de casar-se e constituir

uma família...”.⁴⁸ No entanto, a Carta europeia dos direitos fundamentais, cujos autores estavam conscientes das questões futuras, deixa de definir o casamento com base na diferença dos sexos e cita, simplesmente, que “[...] o direito de casar e o direito de constituir uma família estão garantidos de acordo com as leis nacionais que regem seu exercício” (art. 9).

Após o casamento de dois homens celebrado pelo prefeito de Bègles no dia 5 de junho de 2004, o tribunal da grande instância de Bordeaux procedeu sua anulação, considerando a diferença de sexos segundo o direito francês, “uma condição do casamento compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. O Supremo Tribunal confirmou essa posição sublinhando “[...] que no direito francês o casamento é uma instituição que visa a união de duas pessoas de sexos diferentes, permitindo-lhes formar uma família considerada legítima. A noção sexual de marido e mulher é o eco da noção sexual de pai e mãe”⁴⁹ e o Tribunal de Cassação rejeitou o recurso formado contra essa decisão mediante um pronunciamento tão breve quanto incisivo:

Visto que, segundo a lei francesa, o casamento é uma união entre um homem e uma mulher; que este princípio não contradiz nenhuma das disposições da Convenção europeia dos direitos

⁴⁸ CONVENTION Européenne des Droits de L'homme: art. 12. Disponível em: <http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm>. Acesso em: 10 jan. 2009. O artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu: “A partir da idade permitida para o casamento, o homem e a mulher, sem nenhuma restrição quanto à raça, à nacionalidade ou à religião, têm o direito de casar e de constituir uma família. Eles têm direitos iguais no que diz respeito ao casamento, durante o casamento e no momento de sua dissolução”. (DECLARATION Universelle des Droits de L'homme. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 jan. 2009)

⁴⁹ BORDEAUX. Cour d'Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.* p. 1.687, 2005, note Agostini.

do homem e da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.⁵⁰

A simplicidade do argumento do Tribunal de Cassação fortalece o paradoxo do casamento como o espaço institucional da diferença dos sexos, confirmando, assim, uma velha jurisprudência do Tribunal de Cassação de 1903, segundo a qual um dos elementos essenciais para a existência de um casamento é a diferença dos sexos dos parceiros. Na época, a preocupação era saber, no caso de hermafroditismo, como determinar, além das certidões de nascimento, a diferença em questão. O tribunal se aterá como critério de apreciação à aptidão exterior do sexo. Desde que o sexo inscrito na certidão de nascimento corresponda ao sexo biológico exposto, a *conditio matrimonii* é preenchida e as partes podem contrair núpcias.

No estado atual do direito positivo francês, a existência de um casamento é, então, subordinada à constatação dessas duas exigências: a diferença de sexos e a concordância de órgão genital com o sexo inscrito na certidão de nascimento.

Desde 1983, é admissível, na França, que o tabelião deve se ater ao sexo tal como está mencionado nas certidões de nascimento que lhes são transmitidas, o que implica a possibilidade de um transsexual se casar.⁵¹ A CEDH considerou igualmente que o impedimento ao casamento ligado à diferença de sexo é suprimido assim que a modificação da certidão de nascimento for efetuada.⁵²

⁵⁰ PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.*, p. 935, 2007, obs. Gallmeister.

⁵¹ PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible). *Dalloz*, 1983, e PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. *Dalloz*, p. 350, 1984, note M.-L. Rasset, *RTD civ.*, p. 135, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

⁵² COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Décision *Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, p. 1.936, 2003, obs. J.-J. Lemouland; *Dalloz*, p. 525, 2003, obs. C. Birsan.

A situação parecia clara até o dia em que a Sra. Camille Barré, transexual de 46 anos, e o Sr. Martin Léon Benito, também transexual de 30 anos, conhecido como “Mônica”, decidiram se casar. O procurador da República, a pedido do prefeito de Rueil-Malmaison, se opôs ao casamento por falta de “[...] uma verdadeira vontade matrimonial, pois o objetivo principal, o de se comportar como marido e mulher, era estranho a ele”. Apresentaram-se vestidas de mulher parece ser suficiente para tornar o consentimento supêito. Se a ausência de diferença de sexo não parece um motivo explícito para impedir essa união (ela é constantemente lembrada para reforçar a simulação denunciada), a maneira de organizar a lógica argumentativa deixa entrever uma ambiguidade quanto à qualificação da oposição ao casamento. Assim, por trás da simulação, o procurador e o tribunal concordaram em sancionar igualmente a ausência de diferença de sexo, entendida não somente no sentido jurídico, mas como uma ausência de desejo heterossexual. Nesse caso, o Procurador denunciou o caráter duplamente homossexual do ato. A princípio ele não esconde a reticência à jurisprudência do Tribunal de Cassação:

Mesmo que os requerentes justifiquem através de suas certidões de nascimento que eles são de sexos diferentes, [...] mesmo que a fórmula cromossômica da sra Barré continue inutável, [...] parece que, em espécie, os interessados pensam em se unir em casamento sendo mulheres.

É evidente que, antes de 1992, o Procurador teria se oposto ao casamento de maneira mais sutil. Com efeito, antes que a França fosse condenada pelo Tribunal de Strasbourg, Camille Barré não teria podido obter a mudança de sua certidão de nascimento e teria, então, sido considerada um homem. Em seguida, o que pareceu perturbar o Procurador não foi tanto o fato de que Camille fosse uma mulher, mas que ela desejasse indivíduos com aparência feminina.

Assim, o fato de M. Léon se vestir como mulher e reivindicar um nome feminino não constitui, de forma alguma, a prova de falta de sinceridade com relação à intenção matrimonial.

Além do mais, o que é relevante em direito não é a diferença de gênero, mas, unicamente, a diferença de sexos. Pouco importa a identidade reivindicada pelos indivíduos; o que importa é a informação inscrita na certidão de nascimento. No entanto, o TGI de Nanterre havia confirmado a oposição ao casamento mesmo se a vontade de respeitar o dever conjugal e o *affectio maritalis* parecessem incontestáveis. O que o tribunal contestou não foi tanto o fato de os requerentes não desejarem se submeter ao dever conjugal, mas a maneira como eles pensavam em executá-lo. Assim, resguardados pela última teoria da simulação e sem que isso fosse explícito,⁵³ os juízes colocaram em causa a existência do casamento. Para isso eles criaram um artifício conceitual: no lugar da diferença de sexos, eles introduziram a diferença de gênero, entendido como aparências opostas e desejo heterossexual. O tribunal utilizou, dessa forma, um artifício que permitiu se opor ao casamento, qualificando-o de ato simulado e de união homossexual.

De acordo com os juízes, os requerentes não queriam se casar; atrás desse gesto estaria escondido um ato militante, tendo como objetivo a reivindicação do casamento homossexual. Mas nós sabemos quão difícil é provar que um casamento é simulado, tanto quanto que os requerentes pensavam em subtrair as obrigações conjugais. Nada impede, com efeito, a um casal, de se casar para avançar uma causa militante, com a condição de que o *affectio maritalis* não falte, o que seria o caso em questão. É neste momento que o artifício dos juízes entra em ação, uma vez que, ainda que os

⁵³ A impossibilidade do ataque frontal à natureza homossexual do casamento explica a utilização abusiva do argumento da simulação a fim de tornar a união de um homem e de uma mulher, sob o ponto de vista jurídico, impossível, pois ela não tem uma forma de união heterossexual.

requerentes demonstrem vontade comum e durável de viver como cônjuges, essa união não pode existir, porque ela não tem caráter homossexual. Por essa decisão, os juízes acharam que M. Benito, como homem aos olhos da lei, não podia realizar convenientemente o dever conjugal: ele não queria uma mulher como um homem, mas como uma mulher.⁵⁴

O que conta para uma boa realização conjugal não é tanto o sexo, mas o gênero e a natureza do desejo sexual dos cônjuges. Essa decisão coloca claramente em evidência que a diferença de sexos não é unicamente uma condição ligada ao gênero dos parceiros, mas à matriz homossexual da instituição matrimonial. Conscientes da dificuldade para explicar a diferença dos gêneros como *conditio sine qua non* do casamento, os juízes do Supremo Tribunal de Versailles confirmaram a oposição ao casamento fundamentados na teoria da simulação sem renunciar no entanto, à condenação do casamento homossexual: “O que na realidade os requerentes entendem [...] se unir enquanto mulheres e infringir para melhor combater a proibição atual do casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁵⁵ e “que tal intenção equivale a uma falta de consentimento...”⁵⁶ Contudo que as partes não estejam em cassação,⁵⁶ a decisão do Supremo Tribunal de Versailles é definitiva.

⁵⁴ “É preciso observar que o Sr. Benito Martin Leon, não importando as circunstâncias, reivindica sua feminilidade, ostenta a aparência de uma mulher, assim como o nome feminino de Mônica, o qual ele se atribuiu”. [NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 juin. 2005 Disponível em: <http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSESSID=zyqrwuvkqzlxhd>. Acesso em: 10 jan. 2009.]

⁵⁵ VERSAILLES. Cour d'Appel (CA), première chambre, 8 juil. 2005. Disponível em: <http://actu.dalloz-etudiant.fr/fi/admin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009.

⁵⁶ NT. Cassação é a anulação, pela Corte de Cassação (Cour de Cassation), em sede de recurso, do todo ou parte de um acórdão julgado em última instância que contiver um vício que dê ensejo à cassação (violação da lei, incompetência, ausência de base legal, etc). [CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*, p. 136, tradução nossa]

Em matéria de filiação, a *conditio heterosexualis* é ainda mais forte. Os casais de mesmo sexo não podem adotar, da mesma maneira que as solteiras e as mulheres na menopausa (casadas ou não), as quais estão igualmente excluídas de assistência médica para a procriação. A diferença dos sexos permanece uma condição *sine qua non* ao direito à filiação carnal ou adotiva.

Até a década de 1990, o conjunto de especialistas de direito da família concordou com a dimensão eminentemente social e cultural da filiação (modelo civilista), momento em que uma reivindicação homoparental começou a surgir na cena pública – uma redefinição naturalista de filiação começou a se impor na doutrina. Desde então, a base da filiação homossexual começou a se desestabilizar pela reivindicação parental; as instituições se encarrugaram de manter a ordem: em 1988, o Senado tornou público o relatório Braibant, no qual, pela primeira vez, os senadores falaram “da afirmação do valor das estruturas naturais de parentesco”. Em 1994, as leis de bioética definiram juridicamente o casal como “a união de um homem e uma mulher”. Da mesma forma, em 1995, o Conselho de Estado fez menção ao “referencial paternal” no caso de uma adoção por um solteiro, mesmo que tal referente não seja exigido por lei.⁵⁷

A reivindicação homossexual permitiu tornar explícita a matriz homossexual do direito de filiação: alguns falam de ordem simbólica da diferença dos sexos e os tribunais começam a exigir a perícia biológica nos processos de contestação à paternidade. Da mesma forma, a pesquisa das origens é reivindicada socialmente e a diferença dos sexos torna-se um valor em si mesmo: a verdade biológica aparece como último argumento não somente para se

⁵⁷ Cf. BORRILLO, D.; PITOIS, T. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: _____ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998 (Col. Les Voies du Droit).

opor à filiação homoparental, mas disposta a criar uma espécie de hierarquia entre as filiações que devem agora estar apoiadas em laços de sangue e igualmente designar as famílias monoparentais ou recompostas como responsáveis pela desintegração social, pela violência ou pela criminalidade em razão da “dissolução” familiar, da “desinstitucionalização” do casamento e da “ausência de pais”.⁵⁸

Para alguns autores, a lei francesa foi muito longe na negação da verdade biológica (quer dizer, da matriz heterossexual). Para remediar isso, Agnès Fine propõe o reconhecimento da pluripateridade, que

não é somente ligada ao espaço cada vez mais importante de famílias recompostas na nossa sociedade. Ela foi também levada pelo crescimento da questão de identidade que se expressou sob forma reivindicadora do direito da criança de conhecer suas origens, principalmente as crianças adotadas ou aquelas que nasceram de inseminação artificial.⁵⁹

O antropólogo lamenta que, “[...] contrariamente à Inglaterra e à Alemanha, a França esteja à parte do modelo da *open adoption*”, quer dizer, sem ruptura com a filiação biológica...

O Conselho do Estado tinha igualmente julgado que o direito à adoção estava reservado aos heterossexuais; foi necessária uma condenação da CEDH para pôr fim a essa interpretação discriminatória da lei.⁶⁰

⁵⁸ A designação de famílias atípicas como origem da delinquência permite mascarar os fatores socioeconômicos que destroem a autoridade dos pais.

⁵⁹ FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalité, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001: Au delà de l'amour maternel. Dossiers coordonnés par P. Marciano.

⁶⁰ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Emmanuelle. B. vs. France. Décision du 22 jan. 2008.

Não é somente aos casais de mesmo sexo que os conservadores declaram guerra, mas igualmente a toda filiação que não seja fundamentada na dupla referência masculina e feminina. O retorno da lei de 1966 autorizando a adoção monoparental, a crítica do parto de pais desconhecidos, as solicitações para retirar a interdição de anonimato no caso de doador de esperma, assim como a inscrição da origem biológica nas certidões de nascimento em caso de adoção plena, testemunham a resistência ao desaparecimento da referência à heterossexualidade. No intuito de preservar em alguma parte o privilégio reprodutivo, tanto da heterossexualidade como da homossexualidade, é que poderá, em seguida, pedir para se inscrever na ordem parental (e não naquela de parentesco).⁶¹ Dito de outra forma, os *gays* e as lésbicas poderão usufruir todos os direitos relativos à autoridade parental, mas os casais do mesmo sexo ficarão excluídos dos direitos de filiação.

O privilégio biológico assegura, de forma dissimulada, de um lado, o lugar da heterossexualidade no seio da homoparentalidade (ou da pluriparentalidade tomando a expressão de Agnès Fine) e, por outro lado repensa a norma não sobre a vontade individual, mas sobre uma pretensão imanente das origens, chamada pelo novo pensamento conservador de “ordem geracional” ou

⁶¹ Os termos “parente” e “parentalidade” não existem no direito. Eles retomam à etnologia e à sociologia da família. São, principalmente, os trabalhos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss Malinowski, Margaret Mead ou ainda de Ruth Benedict que nos familiarizaram com essas noções. O parentesco designa as regras de descendência que se aplicam a cada indivíduo e, de forma mais ampla, ao laço que une a criança a um ou dois adultos (pai e mãe). A parentela se refere à educação das crianças, como também aos direitos e às obrigações que daí resultam (ações pedagógicas, domésticas, educativas, cuidados, direito de moradia, direito de visita, etc.) Procuraremos em vão esses vocábulos nos códigos e nas leis. O termo “parentesco” é conhecido em direito como “filiação” enquanto o equivalente jurídico da “parentela” é atribuído à *patría potestas*, denominada mais tarde de “autoridade parental” ou “responsabilidade parental”, usando uma expressão ainda mais moderna.

“ordem simbólica”.⁶² A dificuldade para admitir um parentesco exclusivamente feminino ou exclusivamente masculino, perfeitamente de acordo com o modelo civilista, levou a um questionamento do dito modelo em favor de uma visão naturalista da filiação.⁶³

4 CONCLUSÃO

Fundamentando-se numa ideia culturalista, a tradição feminista não essencialista, que vai de Simone Beauvoir a Judith Butler, faz uma crítica radical do sistema sexo-gênero. A multiplicação dos gêneros proposto por J. Butler, por meio da noção da performatividade, poderia se traduzir juridicamente pelo sífêncio da *privacy*: cada indivíduo adota o gênero que deseja. Em revanche, um sujeito de direito sem gênero (ou ainda com vários gêneros) se tornaria o princípio que governaria a nova gramática sexual. Bastaria, para isso, pôr fim à prática de colocar o sexo dos indivíduos na certidão de nascimento. Isso permitiria regularizar os problemas encontrados pelos intersexuais e transexuais e acabaria com a proibição do casamento e da adoção de casais de mesmo sexo.

Com efeito, com o desaparecimento da referência de sexo nas certidões de nascimento, a dualidade sexual deixaria de ser uma condição *sine qua non* do *ius connubii*. Fundamentada exclusivamente na dimensão espiritual (vontade), o casamento

⁶² Cf. BORRILLO, D. *Marriage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité*. In: CADORET, Anne; MARTINE GROSS; MECARY, Caroline Bruno Perreau (Dir.) *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

⁶³ Cf. BORRILLO, D. *La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idéologie naturaliste de la filiation*. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.

encontraria sua legitimidade no consentimento e não na diferença de sexos, versão moderna da *cópula carnalis* canônica. Ao fim de tudo, o casamento permanece o contrato *intuitu personae* por excelência, para o qual o sexo do cocontratante só é relevante para as partes. A modificação da linguagem jurídica dos códigos civis permitindo o casamento para casais de mesmo sexo e reconhecendo a filiação homoparental é reveladora dessa dependência do direito sem gênero. Assim, essas leis não se referem mais ao “marido” e à “mulher, mas aos “cônjuges”, e não designam mais o “pai” e a “mãe”, mas os “pais”.

Fundamentada na vontade, a adoção é uma instituição mais apta que a verdade biológica para assegurar a estabilidade dos laços familiares. Contrariamente à filiação carnal, a filiação escolhida encontra seu fundamento não somente na liberdade de acolher as crianças dos outros, mas igualmente de abandonar seus próprios filhos biológicos, o que só é possível para as mulheres de (parto de pais desconhecidos), mas poderia se expandir também aos homens, mediante uma declaração formal de renúncia à paternidade.

A generalização de filiação adotiva (incluídos para seus próprios filhos)⁶⁴ permitiria deixar à vontade o dispositivo de parentesco. De hoje em diante, isso será exclusivamente da vontade do ou dos genitores, que dão a criança e ou dos adotantes que a acolhem. Além disso, a adoção é uma instituição concebida com base no direito da criança de ter uma família, ao contrário da filiação biológica, que aparece mais como um dispositivo do direito para a criança.

Um sujeito de direito sem gênero e um laço familiar livre de sua dimensão biológica permitiria, igualmente, dar ao direito sua dimensão convencional, libertando-o da metafísica da diferença

⁶⁴ Isso implicaria conceber uma forma alijada de adoção a fim de fugir dos constrangimentos administrativos atuais.

de sexos e da naturalização de parentesco. Uma ordem jurídica democrática não pode continuar a funcionar na base da divisão binária dos gêneros e da injunção à heterossexualidade. Da mesma forma como foi para a raça, a lei deve desconsiderar o sexo do indivíduo, evitando consequências jurídicas.

- Duas modificações, nesse caso, seriam necessárias:
- desaparecer a referência de sexo nas certidões de nascimento e
 - abandonar a referência biológica, em proveito da adoção, na instituição de filiação.

Sex and Law: gender binary logic and the heterosexual matrix in the Law

Abstract: The binary logic of sex, although not very explicit, is shown to support the legal system regarding the rights of persons and the family. From birth, the individual is classified as female or male, a condition that will follow him/her through the rest of his/her legal life. Intersex and transgender cases show the violence of these mandatory assignments and show the difficulties they have in finding a term that addresses the subjective gender and law. Based on a study of French civil law, this article critically reviews gender assignment and the heterosexual matrix in the law to propose an end of the category “sex” on birth certificates. According to the author, sex, along with race, class, or profession, does not work as a defining element of the subject of law.

Key words: Sex. Gender. Transsexualism. Hermaphroditism. Intersexuals. Civil registry. Same-sex marriage.

REFERÊNCIAS

- ABU-SAHLJEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.
- AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponível em: <http://bu.dalloz.fr>. Acesso em: 10 jan. 2009.
- ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GEROULANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. *Andrologie*, v. 11 n. 2, p. 89-93, 2001.
- BEAUVOIR, S. de *Le deuxième sexe*. Paris: Gallimard, 1949.
- BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971.
- BLANDINE, Destreneau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, n. 170, p. 249-264, 2002.
- BORDEAUX. Cour d'Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.* 2005. Note Agostini.
- BORRILLO, D. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.
- BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.
- BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.
- BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: CADORET, Anne et al. (Dir.). *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

- BORRILLO, D.; PITOIS, T. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: _____ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998 (col. Les Voies du Droit).
- BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.
- BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphroditisme dans l'Antiquité gréco-romaine*. Paris: Les Belles Lettres, 1997.
- BRÜGEILLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.
- BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf*: roman d'une maison de the dans Londres bombarde. Paris: Mercure de France, 1948.
- BRYHER, Annie W. Préface. In: _____ BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf*: roman d'une maison de the dans Londres bombarde. Paris: Mercure de France, 1948.
- BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Préface de Éric Fassin, traduction de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.
- COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, 2003, obs. J.-J. Paris: Lemouland; *Dalloz*, 2003, obs. C. Birsan.
- CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique*: article 41. Disponible em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. Acesso em: 10 jan. 2009.
- CONVENTION Europeenne des Droits de L'homme: art. 12. Disponible em: <http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l_homme.htm>. Acesso em: 10 jan. 2009.
- CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2008.
- COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Emmanuelle. B. vs. France. Décision du 22 jan. 2008.
- COURBE, P. *Droit civil de la famille*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 2008.
- DALLOZ JURISPRUDENCE EN LIGNE. Disponible em: <<http://bu.dalloz.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- DECLARATION Universelle des Droits de L'homme. Disponible em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 jan. 2009
- DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, v. 1, n. 78, p. 33-49, 2002.
- ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse: notes sur l'amour et l'amitié*. Paris: Léo Scheer, 2005.
- FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.
- FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001.
- GOFFMAN, E. The arrangement between the sexes. *Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977 (col. Le Genre du Monde).
- LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*. [S.l.: s.n.], 1887.
- LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en Occident*. Paris: Gallimard 1992.
- LEGENRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, não paginado, 23 out. 2001.
- MACCORMICK, D. Neil. BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir.) *Théorie des actes du langage, éhique et droit*. Paris: PUF, 1986.
- MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l'Aire, 2008 *apud* ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Presses Universitaires de Bordeaux: Pessac, França, 2008.
- MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il «survivre» au transsexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, 178^e ano, n. 2, p. 124-127, 10 jan. 2002.
- MEAD, M. *L'un et l'autre sexe: le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

NANCY. Cour d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom). *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation* (BICC), n. 895, 1^o jun. 2004.

NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 jun. 2005. Disponible em: <<http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSESSID=zyqrnuovkqzlxind>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transsexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LPJ* 12 abr. 2001, n. 73, nota J. Hauser, *RTD civ.* 1994.

PARIS. Cour d'Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe, *Dalloz*, 1999, conclusão Granjon).

PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. 1984, *Dalloz*, 1984, nota M.-L. Rassat, *RTD civ.*, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transsexualisme), *Bulletin Civil* I, n. 117, 1990.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.*, 2007, obs. Gallmeister.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin* I, n. 211, 2005.

PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transsexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP* II, 1995.

PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible). *Dalloz*, 1983.

PLATON. *Le banquet*. Tradução de Luc Brisson. Paris: Gallimard, 1988.

RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, 1999.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponible em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*. Paris: Odile Jacob, 2002. 329 p.

THERY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* [Rapport officiel]. Paris: Odile Jacob, 1998.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA), première chambre, 8 jul. 2005. Disponible em: <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, nota Guez.

Enviado em 26 de outubro de 2010.

Aceito em 22 de dezembro de 2010.