HAL
open science

Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero. Gênero, sexualidade e direitos humanos, Fernando Seffner, May 2015, Porto Alegre, Brazil. hal-01240641

HAL Id: hal-01240641

https://hal.science/hal-01240641v1

Submitted on 9 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.

Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero

Daniel Borrillo

Introdução

Há algumtempo estou refletindo junto a um grupo de juristas e cientistas políticossobre a necessidade de pensar o gênero e as sexualidades desde a perspectiva do Direito continental própriado mundo latino. Para evitar qualquer mal entendido, énecessáriodestacar que o conceito de latinidade não faz referencia unicamentea uma tradição cultural relacionada com a herança greco-romana, o Renascimento, o humanismo e, desde a perspectiva do Direito, certos princípios como a preeminência da lei, a lógica dedutiva, aarte da retórica, oucertasexpressões artísticas como o barroco ou a ópera. Latinidade engloba tambémuma relação permanente com as principais culturas queenriqueceram e deram seu contorno atual: o mundo judeu-cristão, o mundo árabe, a cultura africana, os povosoriginários da América…
A latinidade é então dialogo e mestiçagem[1]. Não se trata de uma identidade fixa, senão de um ponto de apoio flexível que possibilita nos situar semnecessidade de nos arraigar. Como ressalta Edgard Morin, o termo "latino" deve ser utilizado como um adjetivo e não como um substantivo.

A globalização é um fenómeno habitual para o mundo latino que desde o império romano, os impériospré-colombianos (Incas, Maias e Astecas) assim como os impérios coloniais da França, Espanha e Portugal, têm outorgado, para bem ou para mal, o caráter (ou a pretensão) universal a ditas civilizações[2]. Mas a globalização atual, por causa das novas tecnologias da comunicação, nos aparece como potencialmente uniformizadora e debilitadora da diversidade cultural. Por isso acreditamos oportuno abrir um espaço de reflexãono qual as línguas e as culturas latinas apareçam como telão de fundo de nossas trocas.Alínguaconstitui o principal elemento,pois ao veicular um universo de representações e valores desenha o espaço cultural da latinidade delimitado por todos os dialetoscontemporâneos do latim.

Ao pensar nas sexualidades e nas normas que as governam como objeto de análisedesde uma perspectiva crítica[3], tentarei propor alguns elementos paraeste debate no mundo latino.Emprimeiro lugar analisarei a questão daliberdade sexual e a necessidade de pensarna neutralidade ética do Estado laico. Logo, a partir da crítica às instituiçõessexuais e de uma visão pós-estruturalista e pós-feminista das políticas públicas e do Direito, abordarei a pertinência do gênero como categoria de identificaçãoimposta peloEstado. Também a orientação sexual será sometida a umaanálise críticacom o propósito de determinar os limites

---

[1] Ver a palestra de Edgard MORIN , « La latinité » :
http://ressources-cla.univfcomte.fr/gerflint/Monde1/Morin.pdf

[2]Oedito de Caracalla de 212 outorga a nacionalidade a todos os homens do império romano.

3Este capítulo é uma versão reformulada de um artigo publicado na revista *Direito, Estado e Sociedade* n° 39. Com o título « Escapar del género: por una teoria Queer del Derecho de las personas y las familias ». Otermo "queer" tem sido substituído neste capítulo pela expressão "teoria critica" ou simplesmente "critica". O uso do termo inglês queer (bizarro, estranho, anormal, torcido, bicha…) tem eclipsado o conteúdo desta teoriacriada pela professora italiana Teresa de Lauretis. Sua proposta se fundamenta nos principais pressupostos do pensamento existencialista e de outras correntes críticas francesas como a obra de Guy Hocquenghem, Monique Wittig, Michel Foucault, Jacques Derrida e, em menor medida, Jacques Lacan. A crítica àsformas institucionais de subjetivação e a todas as formas de essencialíssimotem estado baseadas nestes autores/asconfigurando o que se conhece no contexto americano como "Teoria Queer". No entanto, segundo sua própria inventora, atualmente "o queer não é mais do que uma criatura da indústria editorial conceitualmente vazia", o melhor é voltar nossos olhares para os/as autores/asda Europa que deram conteúdo e sentido verdadeiramente crítico à teoria.

da sua capacidade emancipatória. Como a sexualidadetem sido interpretadacomo fundadora das relaçõesfamiliais e filiais é necessário repensa-a de modo autónomo,ou seja, fora daordemhierárquica de gênero e independentemente da sua finalidade reprodutiva. Para isso, a antiga figura latina do contrato, revisitada e atualizada pelosimperativos da igualdade, constitui um elemento vital para pensar um Direito da sexualidade de carácter individual e ao mesmo tempo integrador da diversidade e emancipatório com relação a certas identidades não escolhidas que frequentemente enquadram às pessoas emcategorias rígidas.

I.Aliberdade sexual

Aliberdade sexual é a capacidade de agireroticamente sem coação e de se expressar sexualmente segundo aspróprias escolhas. Avontade e o consentimento constituem os pilaresda liberdade sexual. Como qualquer outra liberdade, está composta por dois elementos indissociáveis: o Direito do sujeito para exerce-a e a obrigação de todos os membros da sociedade de se abster de interferir.Oúnico limite em ditaliberdadeseria o de não prejudicar ao próximo. No entanto, quando pensamos na sexualidade como expressão deliberdade, enfrentamos este paradoxo: as sociedades modernas que não param de celebrar a autonomia do sujeito e que proclamam a separação da igreja e o Estado continuam abordandoa moral sexual desde uma perspectiva religiosa.
É unanimemente admitido que a natureza mesma de nossa democracia nos leva aproteção de todas as formas de liberdade (expressão, comércio, imprensa, circulação…). Mas a liberdade sexual é sistematicamenteapresentada desde um ponto de vista negativo eem quanto ficamos longe do que é considerado como sexualmente normal, as noções de ‘dignidade humana’ou de ‘corpo fora do comércio’ servem para justificar os limitesdaliberdade de dispor de si mesma, de seu própriocorpo e de suasexualidade.É como se ao evocar a sexualidade, a liberdade se eclipsara pelo abuso, a exploração ouo disciplinamento que aprimeira necessariamente englobaria. Esta incapacidade para pensar o exercício da sexualidade como qualquer outraliberdade tema suaorigem na cultura erótica ocidental.Ocristianismo tem desenvolvido, sem dúvida, um papel principal na representação social da sexualidade. Se bem o matrimoniohoje é apresentado como o espaço legítimo da sexualidade, emrealidade,o ideal sexual da Igreja continua sendo a abstinência. Manifestação por antonomásia do pecado, o sexo deve ser esquivado, exercitando constantemente o espírito. Não podemos ignorar que a vida monacal foi durante séculos o modelo para imitar, mas isto pertence,na verdade, ao universo teológico.Numa sociedade democrática, a neutralidade moral do Estado deveria constituir a principal condição para garantir a liberdade individual.

a)Aindiferença moral do Estado

Este principio (que discutiremos mais extensamente no ponto II) se funda naideia de que o Estado deve abster-se de nos dizer o que é bom ouruim se limitar estritamente a punir os comportamentos prejudiciais ao próximo. Contrariamente ao Estado paternalista, o Estado democrático não substitui as escolhas dos sujeitos. Estes últimos são os únicos capazes de determinar aquilo que é conveniente para si mesmos.
Como manifestação da vida privada, a liberdade sexual deveriasupor a possibilidade de ter relaçõessexuais com quem desejemos enas condiçõescombinadas com a outra pessoa. Neste sentido, a liberdade sexual integra o Direito de escolher manter relaçõessexuais com uma ou várias pessoas, de maneira esporádica ou regularmente, de forma gratuita ou onerosa. Ademais, cada umde nós deve se sentir livre parase expressar eroticamente como quiser: acarícia e a surra (consentida livremente) constituem duas formas legítimas dentre as manifestaçõessexuais.

A moral sexual do Estado democrático se funda na capacidade para consentir. Vale dizer que sea pessoa é maior de idade, não se encontrasob pressão física ou psicológica e não foi induzido, não existe razão alguma para que o Estado proíba as praticas sadomasoquistas, por exemplo,já que se trata de uma ingerência abusiva na vida privada.
Progressivamente, a noção de dignidade humana é invocada como base argumentativa para proibir determinadas práticassexuais. Porém, a noção de dignidade humana é de natureza emancipadora quando se refere àproteção de terceiros mais aplicada á proteção do sujeito (contra sua vontade) pode se tornarem um instrumento de censura e restrição da liberdade individual.
De origem metafísica e de inspiração cristã, o conceito de dignidade humana constitui uma forma dessacralizada de intervenção teológica na vida dos sujeitos. Segundo esta ideologia, a pessoa participa da Humanidade e é emnome desta parte de humanidade que o Estado tem o Direito de intervir inclusive contra a vontade do sujeito. Com afinalidade de defender a dignidade humana contra a liberdade sexual,se concretizou uma aliança objetiva entre o feminismo materialista e as forças conservadoras.Ocaso da feminista (teórica do Direito) Catharine MacKinnon que preparou as bases ideológicas da luta contra a pornografia na época do Reagan constitui um exemplo paradigmático desta união[4].

b) Opânico moral

Posteriormente, uma onda de penalização da sexualidade começouganhar as legislações e a jurisprudência dos países europeus.Na França, conseguiram punir indiretamente a prostituição e naSuécia, até os clientes da prostituição foram perseguidos pela lei.Em nome da dignidade humana se multiplicam os relatórios oficiais tendentes a censurar a pornografia, inclusive aquela consumida pelas pessoas adultas.
Em nome da proteção dos sujeitos, os juízes do Tribunal Europeu impedem a livre circulação do prazer. Ao invés de punir o sadomasoquismo (comparando-o com a agressão física) deveriamter tomado o trabalho de compreender esta forma de expressão do prazer humano.Emvez de garantir os espaços de liberdade sexual construídos pelos sujeitos autónomos, os juízesimpõem uma visão normalizadora da sexualidade.
Aprostituição e o sadomasoquismo são figuras interessantes já que possibilitam refletirsobre aliberdade sexual de uma maneira radical. Se somos libres para gerir nossos corpos e estabelecer relaçõessexuais fundadas no amor e na ternura,tambémdeveríamos ser libres para todas as outras formas de expressão sexual mesmo que socialmente sejam menos valorizadas.

c) Olabirinto da sexualidade

A atividade sexual, como tantas outras ações humanas, se caracteriza pela sua variedade e complexidade. Estão aqueles que não só encontram nelauma fonte de prazer, aqueles querenunciam ao sexo pela abnegação religiosa[5], outros que o convertem numa atividade comercial e aqueles que o vivenciam como uma obrigação moral. Alguns o escolhem e outros o padecem. Estão os que disfrutam com pessoas do seu próprio sexo, os que preferemo sexo oposto e os que sentem atração por um ou outro sexo. Algunso fazem unicamente por amor, outros para sofrer e existe também quem não sente nada com isso[6].
Durante séculos, o sexo e a reprodução se encontraram tãoestreitamente associados que não se concebiaum sem considerar o outro. Ainda que o ideal sexual do cristianismo primitivo tinha

---

[4] GAUDREAULT-DESBIENS, J., *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Québec, Liber, 2001.
[5] BROWN, P., *The Body and Society: Men, Women, and Sexual Renunciation in Early Christianity*. New York: ColumbiaUniversity Press, 1988.
[6]JOHNSON, Myra T. "Asexual and Autoerotic Women: Two Invisible Groups". In GOCHROS, H. L. GOCHROS, J.S. (Dir.) *The Sexually Oppressed*. New York, Associated Press, 1977.

sido a abstinência, a visão pragmática de São Pablo e seupessimismosobre anatureza humana o levou a pronunciar a célebre frase: "é melhorse casar que se queimar" (1 Coríntios 7:9), tornando o matrimoniono único lugar legítimo da sexualidade humana.
Se a religião tem definido durante séculos o território do permitido e do proibidoemmatéria sexual, o século XX se caracteriza pelaemergência de múltiplos discursos com pretensão científica sobre a sexualidade sana e a patológica.Os sexólogos, no seu delíriotaxonômico,têmdesenvolvido a noção de *parafilia* para patologizar os comportamentossexuaisonde a fonte de prazer não é a copula heterossexualclássica (pênis-vagina). Assim, a atração sexual por pessoas do mesmo sexo se nomeia homossexualidade, o desejo sexual por pessoas com alguma deficiência sequalificou como *abasiofilia*; a *ligofilia*refere-se aqueles que se excitam emlugares sórdidos e escuros. Sadomasoquistas, fetichistas, zoófilos, gerontófilos e pedófilos povoam as enciclopédias e os tratados de sexologia. Existem libertinos que reivindicam a promiscuidade como um gesto político e inclusive aqueles que, por respeito ao*debitum conjugalis*, copulam exclusivamente com seus parceiros. Existemtantas sexualidadesquantossujeitos que as praticam. Agora bem, uma regulação justa da sexualidade deve pôr entre parênteses os diferentes significados que cada um imprime na vida erótica, a qual, ao ser entre adultos, possui plena legitimidade, além do conteúdo que cada um outorgue-lhe. Desta maneira, junto com a ausência de dano a terceiros, o consentimento manifestado livremente, constituem os únicos elementos de apreciação jurídica. Todo o resto é irrelevante, pois pertence aoâmbito da vida privada.
Neste contexto, a sexualidade não possui especificidadenenhumae, mesmo gerando mal estar entre os psicanalistas e outros guardiões daordem simbólica, o Direito não pode reservar um tratamento de exceçãopara uma atividadeque precisamente carece de excepcionalidade.Umaleitura da sexualidade emancipada da tradição religiosa, das teorias psicanalíticas e também da carga afetivaprópriananavisãoromântica dominante, engloba o abandono de qualquerpretensão excepcionalizante e sacralizante da atividade erótica[7].

II. A neutralidade ética do Estado laico emmatéria sexual

Contrariamente a moral religiosa que impõe um sentido unívoco de sexualidade, o Direito dos Estados laicos deve abandonaresta aspiração. O renunciara um modelo erótico uniforme implica a constatação do pluralismo sexual e a equivalência de todas as manifestações sensuais, de modo que nenhumasexualidade emparticular deve ser promovida peloEstado,emdetrimento de outrasmanifestaçõessexuais. Assim, o matrimonio e a prostituição, o amor romântico e o sadomasoquismo, merecem ser tratados do mesmo modo pelaOrdem Jurídica,emtanto se trate de atos livremente consentidos[8].
Si bem não existe uma definição do consentimento nocódigo civil, o mesmoabrange aquilo que pode produzir sua alteração, nulidade ouinexistência. Oerro, o engano, a fraude, a violência física ou a intimidação e a dominação económica (nomeada comolesão: negocio jurídico lesivo ouusurário, porque uma das partes sofre um prejuízo em razão da desproporção nas trocas), sãovícios do consentimento.Um acordo de vontades entre pessoas capazes e sem vícios do consentimento produz os mesmosefeitos que a lei respeitoàspartes.
Com a finalidade de garantir a pluralidade sexual, o Estado moderno se baseia noprincipio da neutralidade ética, vale dizer que o Direito é indiferente com relação àsconcepçõesessenciais do bem e se limita a garantir o respeito das condições antes mencionadas (capacidade plena, consentimentodesprovido de erro, dolo, violência e lesão). O que faz justo um Estado não é o objetivo, o *telos*, a finalidade a ser atingida senãoo renunciar a possibilidade de escolher com

[7] RUBIN, G., *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*. Paris, Epel, 2010.
[8] BORRILLO, D., *Le droit des sexualités.* Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

antecedência entre objetivos e finalidades concorrentes[9]. Todo ato sexual praticadolivremente entre adultos, que não produz um dano a terceiros, fica fora da avaliação jurídica e deve, em consequência, estar desprovido de sanção legal.
ODireito não deve promover uma moral sexual emparticular, senão se converte ele mesmo em imoral: a neutralidade ética garante o pluralismo, pois o Estado se abstém de promover uma forma de sexualidade emdetrimento de outras.Ocidadão adulto é o único capaz de determinar aquilo que é conveniente sexualmente para ele. Aliberdade se transformaemtirania quando o Estado sabe mais do que nós mesmos o que é melhor para nós e tenta nos impor[10].
Dessacralizar a sexualidade significa abandonar a leitura religiosa da mesma e tambémtirá-la do espaço da excepcionalidade (onde as teoriaspsicológicas a tem colocado) aplicando as normas do Direitocomum. Da mesma forma que ocomercio, a navegação ou o trabalho, a sexualidade é sometida aos mesmosprincípios que regulamestasoutrasatividades. Afinal de contas, a sexualidade não é outra coisa que um componente mais da vida humana.

III Crítica às instituiçõessexuais

Os primeiros trabalhos críticos sobre gênero procedem de intelectuais comprometidos com o movimento feminista e possuem em comum o questionamento do universalismo, apresentado atéentão como exclusivamente masculino. Os estudos de Jeanne Bouvier[11]ou Léon Abensour[12]no inicio do século XX, assim como a obra de Édith Thomas nos anos 1950, por citar alguns dos exemplos mais significativos, tem tentado escrever a história desde a perspectiva ignorada da mulher.
Sebem o feminismo possibilitouvisibilizar a metade oculta da humanidade,por outro lado não tem deixado de pensar em termos binários, pressupondo a existência de dois gêneros estáveis. Conhecida como diferencialismo, esta corrente feminista defende que o acessoàigualdade deve se realizar levando em consideração a especificidade de um e outro sexo: "Ao simbolismo fálico, tem que se opor o simbolismo uterino polimorfo" [13].
ODireito é denunciado pelofeminismo como um instituto masculino e para democratiza-lo bastaria feminiza-lo. Este objetivo, reivindicado por uma parte do feminismo institucional, evidencia a continuidade do pensamentobinário inclusive dentro da estrutura crítica produzida por dito movimento político[14]. Ou seja, a contribuição do primeiro feminismo (ou feminismo clássico) não está na contestação dacategoriagênero, senão na denuncia da dominação de um gênero sobre outro. Isto explica porque o primeiropasso para terminar com a dominaçãotenha sido a dissociação entre sexualidade e reprodução com a legalização dos métodos anticoncepcionais. Esta legalização, além do seu efeito emancipador, significou um giro epistemológico fundamental já que tem permitido pensar a sexualidade como uma atividade com significado próprio, independentemente das consequências. Se a reprodução não é maiso que justifica a sexualidade, então é legítimo manter relações não reprodutivas e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo deixa, *a fortiori*, de ser um tabu e progressivamente suaestigmatização se fragiliza.

---

[9] RAWLS, J., *Teoría dela Justicia*. México, Fondo de cultura económica, 1era edición enespañol, 1979 (1era edición eninglésen1971)
[10]BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*. 1era edición 1969. Oxford, Oxford University Press, 1990.
[11] BOUVIER, J.,*La lingerie et les lingères.* G. Doin, Paris 1928.
[12] ABENSOUR, L.,*La femme et le féminisme avantla Révolution. 1er*edição. Paris,ErnestLeroux, 1923. ABENSOUR, L., *Le féminisme sous le règne de Louis Philippe eten1848*, 1era edición. Paris, Plon-Nourrit, 1913.
[13] IRIGARAY, L., *Ce sexe qui n'en est pas un*. Paris, Minuit, 1977
[14] HALLEY, J., « Le Genre Critique : Comment (ne pas) genrer le droit? » *Jurisprudence Revue Critique*. Paris n° 2, 2011, p. 109-132.

a) Uma visão post-estruturalista e post-feminista do Direito

Semignorar a contribuição fundamental do feminismo, uma perspectiva crítica deve ir ainda mais longe. A partir do questionamento da ideia que considera anormal oscomportamentossexuais que se distanciam da heterossexualidade, uma teoria critica do gênero e a sexualidade parte do seguinte postulado: se o gênero é uma construção social que tem servido para organizar a hierarquiaentre os sujeitos, sua crítica radical permite repensar as identidadesindependentemente da lógica binaria dos sexos e a matriz heterossexual da lei[15]. A partir da obra de Simone de Beauvoir e de sua fórmula revolucionaria: "não se nasce mulher, torna-se mulher", a perspectiva crítica prolonga os estudos de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Felix Guattari, Guy Hocquenghem, Monique Wittig ou Jacques Derrida e se consolida com a publicação em1990 dos textos de Judith Butler[16]*Gender Trouble* e *Epistemology of the Closet* de Eve Kosofsky Sedgwick[17]. Conhecida como *Queer Theory* segundo a denominação proposta pela professora italiana Teresa de Lauretis, esta perspectivaresgata os trabalhos críticos dafilosofia francesa e os adapta ao debate norte-americano.

Ascategoriasdualistas e supostamente universais de homem/mulher e heterossexualidade/homossexualidade sãoquestionadas pelos autores citados. Para eles não existem dois sexos, senão múltiplos sexos, pois não é a anatomiao que define a diferença, senãodeterminados códigos culturais.Acrítica radical da categoria sexo-gênero-sexualidade consisteem tirar o véu do dispositivo metafísico (necessário, indiscutível e natural) que condiciona tanto os papéis sociais quanto o desejo sexual dos sujeitos.Aforça normativa destacategoria- sexo-gênero-sexualidade –foi e continua sendo a de se apresentar como evidente, como algo substancial que determina naturalmente os papéisfamiliares e culturais (masculino e feminino) assim como a atração erótica normal entre pessoas do sexo oposto (heterossexualidadecompulsória) [18].
Como o existencialismo, a teoria critica parte da hipótese que o sujeito (essência) não preexiste àação (existência) e por isto não existe nenhum original verdadeiro (o sexo biológico) por detrás do gênero (construído socialmente).Osexo, o gênero e a sexualidade são categorias que se retroalimentamproduzindoum dispositivo político que poderiase resumir da seguintemaneira: a espécie humana está dividida emdois sexos (machos e fêmeas)que possuem características próprias (o masculino e o feminino) que os tornam complementários um do outro (desejo heterossexual). Aose evidenciar o carácter arbitrário do dispositivo sexo-gênero-(hetero)sexualidade, a crítica tem permitido pensar este como um todo sem isolar cada um dos seus componentes, como o tinha feito anteriormente o feminismo. Por isso, uma teoria crítica da sexualidade não pode se inscrever de modo pacíficonas teorias feministas; se trata, em todo caso, de um pensamentoconflitivode carácter post-feminista. De fato, se os estudos feministas propõem uma mirada sexuada do Direito e das instituiçõesanalisando seus pressupostos e suas consequências à partir da realidadepropriadasmulheres, uma teoria post-feminista do Direitotenta ultrapassar esta concepção dualista questionando a pertinência jurídica da categoriagênero. Uma perspectiva crítica da sexualidadesupõe, como propõe Monique Wittig, acabar com "a naturalização e a universalização do pensamento

[15] BORRILLO, D., "O sexo e o Direito : a logica binaria dos gêneros e a matriz heterosexual da Lei". *Revista Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, Vol. 5 N° 2, pp. 289-321, julho/decembro, 2010.
[16]BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York/London: Routledge, 1990.
[17] KOSOFSKY SEDGWICK, E., *Epistemology of the Closet.*Los Angeles: University of California Press, 1990.
[18] RICH, A,, "Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence". *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol 5, 1980.

heterossexual". Segundo a escritora francesa, "ogênerocomo conceito, justamente como sexo, como homem, como mulher, é um instrumento que serve para construir o discurso do contrato socialheterossexual" [19]. Do mesmo modo, T. Carver tem razão quando afirma que o gênero não é sinónimo de mulher e que a confusãoentre os dois termos tem servido para enclaustrar as mulheresnum grupo essencializado[20].

Se a pedra angular do feminismo tem sido o gênerofeminino como categoria política e a sexualidade como território dedominação masculina, uma perspectiva crítica estende o horizonte para englobar também a experiência de outrasminoriassexuais ao propor uma leitura antiessencialista não só do gênero senãotambém de todas as identidades sexuadas (orientação sexual, homossexualidade, bissexualidade, interssexualidade, transsexualidade….). Então, mais que feminizar oDireito, do que se trata é de fazer-o indiferente aogênero. Se o universalismo e a razão tem sido uma forma de naturalizar a dominação masculina e justificar aheteronormatividade, o particularismo feminino, a subjetividade o os sentimentos não podem constituir (por reação) os novos pilares de um pensamento crítico. Como adverte Janet Halley: "ogênero masculino oufeminino não se correspondenecessariamente com a dominação e a subordinação…"[21]. O contrario implicaria condenar as mulheres ao papel de vítimas e aos homens ao de verdugos, reproduzindo um pensamentobinário e simplista sobre a dominação.

É necessárioentão um gesto critico que permita - a partir da desconstrução das categorias sexo, gênero, sexualidade - repensar a maneiracomo se apresentam as normas e os mecanismos que as justificam[22].

Uma teoria crítica da sexualidade aplicada aoDireito das pessoas e das famíliasexige,emum primeiro momento, desconstruir a natureza sexuada do sujeito de Direito.Ades(hetero)sexualização da instituição matrimonial, a desbiologização da filiação e a consecutiva contratualização dos vínculos familiaiscompletam o movimento critico proposto neste artigo.

Se as teorias políticas clássicas (tanto as liberais quanto as criticas) não questionaram a normalidade desde a perspectiva do *gênero-sexo-(hetero)sexualidade*, uma teoria critica da sexualidade aplicada aoDireito parte justamente das experiências que estão nos limites da norma socio-sexual (gays, lésbicas, hermafroditas, travestis, transexuais, sadomasoquistas…) para criticar os dispositivos normativos (estado civil, matrimonio, filiação…) que negaram e ainda negam aentidade jurídica aos que, segundo dita lógica, estão no limite da cidadania.

Uma teoria critica da sexualidade constitui assim uma proposição de justiça individual que integra todas as pessoas no universo jurídico sem considerar*sexo-gênero-(hetero)sexualidade*, categoriasdesprovidas de pertinência jurídica[23].Aúnica maneira de integrar todas as subjetividades nanorma do Direito é justamente fazer de esta ultima uma norma desubjetivada, ou seja, indiferente com relação ao sentido que cada sujeito da ao seu gênero, identidade ou vida sexual.

IV. O gênero como categoria imposta peloEstado

[19]WITTIG, M., *The Straight Mind And Other Essays.* Boston, Beacon Press, 1992.

[20] CARVER, T., *Gender is not a Synonym for Women.* Lynne Rienner Publishers Inc., 1996.

[21] HALLEY, J., « Le Genre Critique : Comment (ne pas) genrer le droit? » *JurisprudenceRevue Critique*, Paris n° 2, 2011.

[22]LLAMAS, R., *Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad"*. Madrid, Siglo XXI, 1998.

[23] a igualdade politica das mulheres, a apertura do Direito ao matrimonio para os casais do mesmo sexo, a patria potestade compartida e o Direito a licença depaternidadeconstituem alguns dos exemplos da progressiva indiferença do Direitocom relação ao sexo das pessoas.

É o gênero e não a religião o opio dos povos[24]. Se bem existem contrastes mais significativos como as diferenças de classe, idade ouorigem étnica, são precisamente os associados ao gênero aqueles que continuam organizando a classificação das personas físicas no Direito civil. Se as pessoas jurídicas (associações, fundações, cooperativas…) são neutras com relação ao gênero, os sujeitos continuamsendo nomeados como homens ou mulheres. Desde o nascimento, integramos uma das classes da *summa divisio* da humanidade.Acategoriagênero aparece como o código fundamental a partir do qual se organizam as interações humanas e as estruturas culturais. Esta relação encontra suaorigem nas raízes do pensamentojudeu-cristão.ABíbliaconta que Deus criou o homem primeiro e logo:

> ...Jeová Deusfez cair um profundo sono sobre o homem; e, enquanto este dormia, tirou-lhe uma das costelas e então cerrou a carne sobre o seu lugar. E Jeová Deus procedeu a construir uma mulher da costela que tomara do homem. Por isso, quando ela foi apresentada ao homem Adão, este disse: Até que enfim! Esta é osso dos meus ossos e carne da minha carne. Ela deve se chamar Mulher (Ishah), porque foi tirada do Homem (Ish).Portanto, o homem deve deixar seu pai e sua mãe e unir-se à sua mulher, e assim serão como uma carne só[25].

A antropóloga francesa Françoise Hériter resgata a história bíblica e da um giro científico ao considerar que:

> (…) a diferença sexuada e o papel diferente dos sexos na reprodução (….) constituem uma fronteira do pensamentona qual se funda uma oposição conceitual essencial: aquela que opõe o idêntico ao diferente; se trata de um de esses*thematha* arcaicos que encontramosemtodo pensamento científico antigo e moderno e emtodos os sistemas de representação[26].

Nenhumaclassificação é inocente já que quando catalogamos, organizamos a realidade de forma hierárquica. Seidman temrazão quando expressa que "as identidades são formas de controle social, pois elasdistinguem entre populações normais e desviadas, reprimem a diferença e impõem avaliações normalizadoras do desejo" [27]. Ao encerrar os sujeitos emcategoriasrígidas estamos atribuindo-lhes um lugarem que provavelmente não desejam permanecer e comportamentos que tal vez não queiramassumir.

Desde que se pus fimà apartheid, nossas democracias não toleram mais a classificação das pessoas emfunção dacor da pele. Da mesma forma, a decadência da política colonial acabou com ascategorias "indígenas muçulmanos ou israelitas" própria dascolônias francesas do norte da África[28]. Emvirtude do principio de separação da Igreja e o Estado, a religiãosome dos documentos de identidade e desde a Revolução francesa, os cidadãos tem deixado de ter linhagem aristocrática reconhecidajuridicamente. Em tanto que as adscriçõesderaça,religião e classetem sido superadas,a identificação obrigatória com um ou outro sexo permanece vigente, pois se apresenta como evidente e natural.Ogênerocontinuadefinindo qualidades e virtudes (o defeitos) dependendo de raízes biológicas.Ahumanidade é concebida então como composta por dois corpos estáveis, definidos biologicamente por duas gramáticas distintas XY-XX que permitem uma escritura coerente do destino individual e social.Ainscrição do sexo como modo de identificação das pessoas alimenta a ilusão danaturalidade da diferençaentre homens e mulheres.A "história natural" da diferença entre os sexos não é outra coisa que a justificação da heterossexualidade comoforma necessária de identidade sexual:

---

[24]GOFFMAN, E., *Gender Advertisement.* New York, Harper & Row, Publishers, 1979.
[25] Libro delGénesis 2:21-24.
[26] HERITIER, F., *Masculin/Féminin :la pensée dela différence*. Paris, Odile Jacob, 1996.
[27] SEIDMAN, S., *Queer Theory/Sociology*. Oxford, Blackwell, 1996.
[28] WEILL, P., *Qu'est-ce qu'un français? Histoire dela nationalité française depuisla Révolution*. Paris : Grasset, 2002.

machos e fêmeasorganizam uma troca sexual estruturada numa ordem hierárquicacom um fim reprodutivo que tem se nomeado como cultura heterossexual[29].
Os comportamentos esperados nesta nomenclatura sexual determinam as relações sociais de sexo, ou seja, os protótipos de masculinidade e feminidadeconstruídos e a partir dos quais se medem os comportamentos humanos. Numerosas pesquisas revelam que poucas vezes a literatura infantil reflete um mundo paritário no qual meninos e meninas realizam atividades de maneira igualitária.Desta maneira, as histórias infantis preparam, juntamente como universo dos brinquedos[30], o terreno desubjetivação edominação social[31].Alei não faz mais do que consolidar este doutrinamento cultural. De fato, a lógica binaria dos sexos aparece como o suporte do sistema jurídico tanto nonível individual quanto familiar e social: durante séculos serviu para justificar a inferioridade da mulher e, atualmente, esta lógica segue servindo para legitimar a desigualdade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transsexuais[32].

a) Osexo nas certidões de nascimento

No nível individual, o estado civil concretizasituações que estipulamqualidades da pessoa e predeterminam a capacidade de atuar do sujeito.O estado civil das pessoasenvolve o sobrenome, os nomes, a data e o lugar de nascimento, as relações de parentesco e a filiação, a nacionalidade, o domicilio, a capacidade civil e o sexo.Oartículo 57 do código francêsestabelece: “Na certidão de nascimento se indicarão odia, a hora e o lugar de nascimento, o sexo da criança, os nomes...”.
Oexame dos órgãos genitais possibilita determinar, junto com as análisescromossômicas, o sexo do sujeito. Pode acontecer, não entanto, que o bebé possua os dois órgãos genitais ou que sejam ambíguos. Nomeadas tradicionalmente como hermafroditas (filhos do deus Hermes e da deusa Afrodita) estas pessoas têm sido consideradas ao longo da história como monstros e continuam provocando reações de horror[33] que deixam entrever a maneira como são tratados pela Ordem jurídica.
A lei francesa que se refere às instruções gerais do estado civil determina no artículo 288 que:

> (…) quando o sexo do recémnascido é indeterminado é conveniente evitar indicarsexo indefinidonas certidões de nascimento e o oficial do registro deve aconselhar aos pais que procurem um médico que possa informar-lhes o sexo maisprovável, tendo em conta, caso não exista outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Será este sexo o que se indique nacertidão de nascimento, podendo ser corregida posteriormente.

Unicamente neste caso se podiam mudam os documentos de identidade. Assim, por muito tempo, os tribunais se a trocar o estado civil dos transexuais invocando a indisponibilidade do estado das pessoas.No caso *Botella c./França* de25 de maio de 1992, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que existiu uma violação do artigo 8 da Convenção europeia (“Direito ao respeito da vida privada e familiar”), ao considerar que a menção do sexo nosmúltiplos registros de organismos públicos franceses (certidões de nascimento, cédulas de identidadedigitalizadas, passaportes, contracheques e registros de assistência social, etc.) produz sériosprejuízos e situações inconvenientes no dia a dia daatriz. Hoje, a maioria dos países reconhece a troca de sexo e a modificação dos documentos de identidade como um

[29] TIN, L-G., *L'invention dela culture hétérosexuelle*. Paris : Autrement, 2008.
[30] LYTTON, H. ROMMEY, D.M, « Parents’ differential socialization of boys and girls: A meta-analysis”, *Psychological Bulletin*, 109, 2, 1991.
[31]HOLLINDALE, P., *Ideology and the Children's Book*, Thimble Press in association with Westminster College, Oxford, 1988.
[32] BORRILLO, D., e COLAS, D., *L’homosexualité de Platon à Foucault. Anthologie critique*. Paris, Plon, 2005.
[33] BRISSON, L., *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l’Antiquité gréco-romaine*, Paris , Les belles lettres, 1997, p. 9.

Direito fundamental dos transexuais. Ainda que a operaçãocirúrgica não seja mais necessáriaempaíses como França ou Espanha para mudar o estado civil, éobrigatóriocomprovar um tratamento hormonal avançado que suponha uma esterilização. Argentina é o Estado que tem ido mais longe ao adoptar uma lei da identidade de gênero[34] que emseu segundo artigoestabelece: "Se entende por identidade de gêneroa vivencia interna e individual do gênero tal como cada pessoa a sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuídono momento do nascimento, incluindo a vivencia pessoal do corpo. Isto pode abarcar a modificação da aparência ou a função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que isto seja livremente escolhido. Também incluioutrasexpressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e os modos de comportamento".

Embora os avances sejam significativos, nenhum Estado tem questionado ainda acategoria jurídica de sexo[35].Asautoridades que tem ido mais longe são as de Austrália ao permitir a inscrição de uma terceiracategoria*"not identifed gender"* nos documentos de identidade. De fato, Norrie May-Welby, um cidadão transexual anglo-australiano, é a única persona que oficialmente não pertence nem aogênero masculino nem aogênerofeminino. Aos 28 anos Norrie May-Welby fez uma cirurgia para transformar seu corpoconvertendo-seem uma mulher (apesar de que nunca ingeriuhormôniosfemininos), masdepois também não se reconheceunoseu novo sexo. Diante desta situação, decidiu solicitar ás autoridades australianas (país onde reside) que deixassem de colocar um gêneronos seus documentos de identidade. A província de *New South Wales* respondeufavoravelmente. A partir deste caso, o Departamento de Relações Exteriores daAustráliatem adoptado novas diretivas para a gestão dos documentos de identidade dos transexuais, os que poderão optar por indicar seu gênero com uma letra "X" ("indeterminado") na caixa com essa informação nos novos documentos que emitirá a Administração australiana[36]. A Suprema Corte da Australia reconhece en 2014 que uma pessoa pode não ser nem do sexo masculino, nem do sexo feminino, e permite, assim, o registro do sexo de uma pessoa como 'não especificado'

Se os Estados não se obstinassem emcategorizar os sujeitosemfunção do sexo, este tipo de problemas desapareceria. Lembremos que se não mudam de estado civil,na maioria dos países, os transexuais não podem se casar, também não têm acesso àstécnicas de reproduçãoassistida e emmuitos casos nem sequer conseguem adoptar crianças [37].

Com relação aos sujeitos intersexuados, aoterminar de inscrever o sexo nas certidões de nascimento, se resolveria de imediatoa adscriçãoforçosanum gênero. Não podemos esquecer que aintersexualidade é uma construção social que se tem pretendido resolver com a designaçãoobrigatória (desde o nascimento) de umou outro sexo.Em muitos casos, a precipitaçãona designação não tem feito mais que gerar umasíndrome de transexualidade que emerge na puberdade.

Além disso, o abandono destascategoriasterminaria também com ostratamentos brutais e mutiladores que fazem os transexuais para mudar o estado civil (operação cirúrgica, ingestão de hormônios, esterilização…). De um modo mais geral, o fim da categoria contribuirá para debilitar a imputação de papeis diferenciados pelosimplesfato de possuirórgãossexuaismasculinos oufemininos. Também se resolveria a discriminação dos

[34]Lei 26743 de 24 de maio de 2012.

[35] Inclusive as legislações mais avançadas, como a argentina, que define a identidade de gênero como a "vivência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, e que pode corresponder ou não com o sexo atribuídono momento do nascimento…", conserva as categoriashomem e mulher nas certidões de nascimento.

[36] http://www.lanacion.com.ar/1406366-autorizan-un-nuevo-pasaporte-en-australia-ni-masculino-ni-femenino

[37] ROMAN, D., « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? » *Chronique Droit des personnes*, Paris Dalloz.fr 19/03/2010.

casais homossexuais que desejamse casar, pois a diferencia de sexos deixaria de ser uma *conditio matrimonii*.
Como categoriajuridicamente irrelevante, o sexo dos sujeitosdeve ser considerado como uma simples informação pessoal de natureza privada.Oordenamento jurídico argentino é um dos mais avançados na matéria.Alei 26.743 de24 de maio de 2012compreende o pertencimento a um ou outro sexo como uma questão que depende da apreciação do sujeito. Assim, segundo o artigoterceiro da lei, "toda pessoa poderá solicitar a retificaçãodo sexo, e amudança de nome e imagem, quando não coincidam com suaidentidade de gênero autopercebida" sem necessidade de intervençãomédica alguma, nem de ato judicial.Contudo, a lei argentina não renuncia a categoria, senão que a coloca totalmente disponível aonível individual.Oexemplo argentino é paradigmático deadesão "natural" do Direito a ditaideologia de gênero…
O abandono da categoria como identificaçãoobrigatória dos sujeitos em seusdocumentos de identidade do Estado não significa renunciar às políticas de luta contra a discriminação.Umacoisa é o gênero-identificação e outra é o gênero-proteção[38]. De fato, se podem desenvolver políticas de igualdade racial e religiosa sem que por isso se prescrevaobrigatoriamenteaos sujeitos numa raça ou religião determinada.Nestes programas, os sujeitos se autodefinem como membros de uma comunidade étnica, religiosa ou outra minoria se desejamse beneficiar de quotas ou de medidas corretivaspróprias da igualdade material, masde nenhuma maneira o Estado os classifica de oficio, como faz com relação ao gênero[39].

V.A orientação sexual: entre a raça e a clínica.

O termo orientação sexual (*sexual orientation*) foi utilizado pelaprimeira vez nos Estados Unidos em1973 (lei antidiscriminatória do distrito de Columbia).Ageneralização dotermo corresponde a uma estratégia política do coletivo gay estadunidense que se inspirounomovimento dos *Civil Rights*: a homossexualidade, como a raça, é representadacomo condiçãoinata, estável e permanente. Um século antes, o inventor do termo *homosexualität*, Karl Maria Kertbeny, numacarta ao ministro da justiçaprussiano em1869, tinha utilizado esta expressão para demostrar o absurdo que era penalizar uma condição sexual não escolhida.Aestratégia determinista de Kertbeny não demorou em dar frutos. Rapidamente o termo homossexualidade começa a tomar uma dimensão clínica, principalmente depois que o sexólogo alemão Krafft-Ebing a introduziu naenciclopédia*Psychopathia Sexualis* em1887. Esta concepçãoessencialista ede origem clínica, mesmo que tente se apresentar como universal, corresponde, primeiramente, a um espaço específico relacionado com a burguesia do norte europeu, e mais tarde com as alianças estratégicas dos gays da *middle class* dos Estados Unidos com outrosmovimentos sociais. Contrariamente ao sodomita ouinvertido, o homossexual não se refere a uma depravação moral (ou a uma alteração daordem sexual) senão a uma classificação médica. Enquanto nos países do sul da Europa permaneceu a distinção entre os ativos (pouco ou quase não condenados, pois não eram considerados gays) e os passivos (objeto de piadas e opróbios), o Norte começou construir uma identidade, um ser com uma historia psicológicaespecífica, como tem mostrado magistralmente Michel Foucault.

[38] BORRILLO, D., « Est-il juste de diviser le genre humain endeux sexes? » In SCHUSTER, A. (Dir.), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*. Udine, Forum, 2011, pp. 41-51, p. 41-51.
[39] BORRILLO, D., « Pour une théorie du droit des personnes et des familles émancipée du genre ». In GALLUS, N. (Dir.), *Droit des familles, genre et sexualités.* Bruxelles/Paris, LGDJ, Anthémis, 2012.

Podemos dizer que a noção de orientação sexual é herdeira da categoria raça de um modo indireto e diretamente da categoriahomossexualidade. De fato, o termo heterossexual aparece como contrapartida de homossexual. Antes da invenção da homossexualidade, a sexualidade das pessoas heterossexuais não se definia de maneira genérica, reagrupando uma realidade única. Pouco tem a ver a sexualidade do marquês de Sade e a da rainha Victóriamesmo que ambos sejam heterossexuais. Do mesmo modo, a orientação sexual tende a uniformizar os desejos e comportamentossexuais de formareducionistaemtrêscategorias: heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Esta tripartição se funda navisão binaria do gênero, mas uma vez que se estende esta evidencia é lógico que se multipliquem as possibilidades porque seriapouco sério reduzir o desejo somente a três possibilidades.

VI. Adiferença de sexos como *conditio matrimonii*

Aaprendizagem de gênerocondiciona a construção de uma ideologia da complementariedade: cada um sabe qual é o seu lugar, o que, ao mesmo tempo, determina uma função social específica e uma identidade psicológica própria. Efetivamente, a identidade sexual constitui,no Ocidente, a mais potente das identificações[40]. Os ideais sexuais funcionam de tal maneira que possibilitam a constituição da identidade subjetiva e da complementariedade objetiva. Assim, nesta ideologia, a fragilidadefemininacombina com asolidez masculina e a propensão domestica da mulher com a capacidadedos homens de realizar projetos.O matrimônio aparece então como o teatro no qual se interpretam os papéis de gênero e como o lugar ideal de acolhida das crianças quetambém aprenderam, na escola de gênero,o que é a família, o que devem ser e como se devem comportar. Esta ideologia explica a resistência em deixar entrar aos casais do mesmo sexo na instituição matrimonial, situação que podemos entender como uma empresa de indiferenciação devastadora para a civilização:

> Institucionalizar a homossexualidade com um estatuto familiar é colocar o principio democrático ao serviço de um fantasma. Isso é fatal, na medida emque o Direito, fundado noprincipio da genealogia, é substituído por uma lógica hedonista herdeira do nazismo[41].

A lógica binaria do gêneroadquire, nesse contexto homófobo, uma nova significação reenviando a questãoda preeminência da heterossexualidade[42]. Desta maneira, o gênerofaz referencia aomesmotempo acondição da mulher e ao dispositivo da diferença dos sexos, base do vínculo conjugal e parental, o que conduz ao privilegio da heterossexualidade nas instituições do Direito de família.

Os países da Europa latina, com exceção da Itália, tem reconhecido o Direito ao matrimônio para os casais do mesmo sexo, desestabilizando omonopólio heterossexual.

a)Avontade não tem sexo

Omovimento LGBT tem radicalizado a visão contratual da vida familiar concebida aoserviço do sujeito edo sujeito ao serviço da família. Se o feminismo deu fim ao contrato de gênero, denunciado como a perpetuação da desigualdade social e política da mulher, o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo pode ser interpretado como uma ruptura com a base da dualidade sexual como constitutiva do contrato matrimonial. Ofim da diferença de sexos como *conditio sine qua non* do casamento naslegislações de vários Estados corresponde com

---

[40] FINE, A., « Maternité et identité féminine », in KNIBIEHLER, Y. (Org.), *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris, Bayard, 2001, p. 61-76.

[41]LEGENDRE, P., *LeMonde*, 23/10/ 2001, p. 21.

[42]BORRILLO, D., « a luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de a passion » in FORTIN V., JEZEQUEL M. e KASIRER N. (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*. Montréal, Les éditions Thémis, 2007.

uma concepção moderna do matrimonio baseado exclusivamente na vontade individual de aqueles que o celebram. Se para o Direito canónico a diferença de sexos é constitutiva do matrimônio, pois o sacramento implica a união dos corpos (*copula carnalis*)para a reprodução da espécie, o Direito civil deixa de impor esta condição e assume a dimensãoabstrata do contrato, no qual somenteé relevante o encontro de duasvontadese não a união de duas carnes.Desta forma, é o consentimento (vontade), e não a consumação (carne),o que produz a legitimação do ato matrimonial: a vontade não tem sexo[43].

Se, como proponho nestas páginas, a referência ao sexo desaparecesse dos documentos de identidade, a dualidade sexual deixaria de ser um elemento constitutivo do *ius connubii*. Afinal, se consideramos o matrimônio como o contrato *intuitu personae* por antonomásia, o sexo das partes é um elemento unicamente importante para as mesmas, masdeixa de ter relevância alguma para o Estado. A linguagem jurídica utilizada pelos novos códigos civis que reconhecem o matrimônio homossexual (Holanda, Bélgica, Espanha, Portugal, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Islândia, Argentina, Dinamarca…) confirma a dimensão assexuada do novo sujeito de Direito matrimonial.Emefeito,aquelas leis não se referem mais ao "marido" e a "mulher" ou ao "pai" e a "mãe" senãoaos "cônjuges", os "contraentes", os "pais" o os "progenitores".

Des-heterossexualizar o matrimônio significa tambémdes-sexualiza-lo. Resulta surpreendente que muitos ordenamentos jurídicos modernos, como o francês, por exemplo, continuam considerando que a fidelidade e as relaçõessexuaisconstituem obrigações pessoais dos cônjuges (art. 212 do Código Civil).Oadultério ou a ausência de sexualidade são situações que podem levar ao divorcio por culpa de aquele que não cumpra ditas obrigações. Vestígio do Direito canónico, o *debitum conjugalis*, continuasendo um poderoso instrumento de controle da sexualidade. Assim, aquele que por excesso ou por defeito fique longe da norma sexual matrimonial ou não respeite a exclusividade erótica imposta pela lei, carregará com as consequências patrimoniais e pessoais do divorcio não consensual.

VII.Afiliação não é um fenómeno natural

ODireito nunca precisou da verdade biológica para fabricar vínculos de filiação. Enquanto a reprodução é um fato da natureza, a filiação é um ato cultural: obviamente pode se pertencer a uma família por laços biológicos, mas a institucionalização destes vínculos constitui uma convenção que vai além da simplestranscrição de um fato natural. ODireito não precisa da natureza para produzir vínculos familiais. Aadoção é o exemplo paradigmático, mas tambéma presunção de paternidade e a posse do estado.Acontracepçãopermitiu o sexo sem procriação e as técnicas de procriação artificial tem possibilitado areprodução sem sexo.Oreconhecimento jurídico da maternidade lésbica tem permitido tambémdissociaros elementos que o sentido comumcontinua relacionando: maternidade e homossexualidade[44].

Areprodução pode ser fruto de um ato consentido espontâneo, de um estupro ou de uma relação planejada. Alguns sistemas jurídicos autorizam amulher parainterrompera gravidez e inclusive abandonar legalmente aorecém nascido.Nesse sentido, o artigo 326 do código civil francês estabelece que: "No momento do parto, a madre pode solicitar que o segredo de suaidentidade seja preservado".

---

[43] BORRILLO, D., « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : um révélateur de notre capacité à assumer a modernité » in CADORET, A., GROSS, M., MECARY, C. e PERREAU, B. (Dir.). *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*. Paris : PUF, 2006.

[44] DESCOUTURES, V., *Les mères lesbiennes*. Paris : Presses universitaires de France/Le Monde, 2010.

Ao abandonar o filho, a mãe biológica permite um novo nascimento produto da futura adoção. Ao não poder (ou não querer) assumir a transmissão do vínculo familiar, a mulher oferece a criança uma nova relação mais forte e mais estável.
O abandono sóé possível para a mãe [45]. Um coito fecundo faz do homem um pai, independentemente da sua vontade. Esta dissimetriacontradiz o principio de igualdade e não corresponde com a concepção civilista do Direito que, como indicamos anteriormente, não pode estar baseado exclusivamente num fato biológico. Desbiologizar a filiação significa precisamenteassumir a dimensão convencional deste instituto e assegurar que sualegitimidade não repouse exclusivamente num fato reprodutivo senão na vontade.
Opensamento ortodoxo tende a destacar a filiação da reprodução. Por isso, a procriação artificial se funda numa mentira para fazer acreditar que a causa da filiação é o ato sexual dospais quandoem realidade se trata de um procedimento completamente artificial no qual pode entrarum terceiro (doador de esperma, por exemplo) que desaparecerá embeneficio do cônjuge da mãe.Do mesmo modo, a generalização do exame sanguíneo e os testes genéticos utilizados nos contenciosos da filiação, reforçam o modelo biológico[46].

a)Aconvenção (e não a natureza) como base da filiação

Em lugar de copiar anatureza, uma teoria crítica do Direito procede de maneira inversa.Não é a biologia quem serve de referência senão a convenção, a qual, no Direito de família, corresponde àfigura jurídica da adoção. Efetivamente, de origem exclusivamente voluntario, a adoção permite a constituição de vínculos familiais programados, baseados na reflexão e o cálculo, coisa que não sucede com a espontaneidade do coito reprodutivo[47].
A desbiologização da filiação não só permiteresolver o problema da homoparentalidade ao integrar plenamente uma criançacom um casal homossexual[48], também possibilitaria terminar com a discriminaçãodos homens que não desejamassumir a paternidade.No caso dos paísesonde não existe o aborto, como Brasil ou Argentina, o abandono legal do recém nascido pode contribuir particularmente a superar o problema da maternidade não desejada e oferecer a possibilidade de adoçãode crianças na primeira infância facilmenteadoptáveis. NaFrança, inclusive com uma lei de interrupção voluntaria da gravidez de quasequarentaanos, o *accouchement sous X* continua permitindoàs mulheres (como observamos anteriormente) ter o parto num hospital público, de forma anónima e entregar a criança em adoção sem revelar suaidentidade.ODireitofaz como se o fato (parto) nunca tivesse existido. Oabandono de um filho é um tabuem nossas sociedades, mas poderia ser considerado um ato de amor, justamente quando é impossívellhe dar ao menor as condiçõesafetivas, materiais e morais necessárias para seu desenvolvimento.
A extensão do abandono legal aos homens evidenciaria que não é o biológico o que produz a filiação e sim a vontade. Os progenitores poderiamentão escolher entre abandonar a descendência ou assumi-la plenamente. Deste modo será a vontade e não afatalidade o que determina a condição parental. De fato, a desnaturalização da filiação aplicada aos progenitores significaria que, ao poder eventualmente abandonar-lhes, estes teriam que

[45] IACUB, M., « Naître sous X ». *Savoirs et clinique*, Paris n° 4, 1/2004, p. 41-57.
[46] BORRILLO, D.,« La parenté etla parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de a filiation » in DORLIN, E. e FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris : Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 pp. 121-136.
[47] BORRILLO, D. e PITOIS-ETIENNE, T., « Différence des sexes et adoption : a psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *Revue de Droit de McGill*, Montréal n° 4, vol 49, octobre 2004, pp. 1035-1056.
[48] BORRILLO, D., «La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le « PaCS de a filiation ». *Droit et société* n° 72, pp. 259-271, 2/2009.

adoptar os seuspróprios filhos biológicos caso desejem assumir a paternidade. Evidentemente, esta nova forma de adoção intrafamiliar estaria caraterizada por um regímen menos burocrático que aquela relativa a terceiras pessoas e poderiase aproximar, do ponto de vista administrativo, com as açõesclássicas de reconhecimento de paternidade antes do nascimento ou pela simples declaração homologada porum juiz. Dita faculdade não estaria restrita aos pais. Os filhos, uma vez que possuam legalmente a maioria de idade, tambémpoderiam renunciar aos seus progenitores e desvincular-se de suas famílias de origem.
A desbiologização da filiação abrange ademais legalizar a maternidade subrogada tanto parcial (comopróprio ovulo) quanto completa (com ovulo de outra pessoa ou por transferênciaembrionária). Além e se fundar no principio da livre disponibilidade do próprio corpo, o vulgarmente nomeado "barriga de aluguel" permite desmoronar o paradigma da maternidadeassociada aovínculo biológico que se estabelece durante o período da gestação.Não seriaentão o parto (*Mater sempre certa est*) o critério para designar a mãe, como no antigo regime defiliação, senão o que as partes tenham definido no projeto parental.

VIII.Afamília é também uma construção artificial

a) Ocontratualismo no âmbito familiar

Oprocesso de des-institucionalização daconcepção tradicionalista defamília começa com o advento do Direito civil laico de princípios do século XIX. A partir daruptura com o Direito canónico, o Direito civil tem tentado fundar a organização da vida familiar no contrato e não na instituição. Odivorcio constituiumaevidencia deste processo (poisem qualquer momento as partes podem deixar sem efeito o negocio matrimonial), assim como todas as reformas que promovem a igualdade damulher e dos filhos dentro e fora do matrimônio. Acoexistência do matrimônio com outras formas como a união civil, a união consensual e os casais coabitantes, responde a dita exigênciaigualitária assim comoa possibilidade de adoção para os casais do mesmo sexo.As famílias sem nome[49], resgatando a frase de Pierre Bourdieu, começam a ser reconhecidas peloDireito primeiramente no nível da aliança e logo dafiliação.Omovimento LGBT assume plenamente a cultura política da pós-modernidade na qual prevalece a lógica da escolha o projeto parental.
Fundada na vontade, a adoção é um instituto mais apto que a verdade biológica para assegurar a estabilidade dos vínculos familiais, tanto homossexuaisquanto heterossexuais. Contrariamente a filiação carnal, a filiação adotiva encontra legitimidade na liberdadede acolher os filhos biológicos dos outros e de abandonar apropriadescendência.Ageneralização daadoção (inclusive para os filhos biológicos) privilegiará a autonomia da vontade e não a heteronomia da natureza no centro do dispositivo familiar. O vínculo filial não dependerá mais da simples capacidade reprodutora dos sujeitos e sim exclusivamente da vontade dos progenitores que entregam em adoção e dos adotantes que acolhem.
A filiação claramente dissociada da reprodução permite justificar um sistema jurídico fundado no projeto parental e não na verdade biológica. Este paradigma corresponde com uma ideia nova defamília onde não é mais a autoridade paterna e a divisão de papéis o que caracteriza a organização da vida privada senão a comunicação, a autonomia e a negociação entre iguais.

Uma teoria crítica do Direito das pessoassupõe a banalização da atividade sexual e a desapropriação do sexo como categoria jurídica identificadora dos sujeitos. Mesmo que seja importante se definir como homem ou como mulher,oenquadramento na condiçãofeminina ou masculina deixa de ter relevância jurídica.Por tanto, a diferença de sexos cessaria de ser uma

[49] BOURDIEU, 1996, p. 3-5.

condição do matrimônio e as personas teriam o Direito fundamental de mudar de sexo tal qual é garantido nas principais convenções e tribunais internacionais de Direitos Humanos.
Uma teoria crítica do Direito das famílias abandona o conceito modelo tradicional e parte do pluralismo da vida familiar. De agoraem diante, pouco importará que a organização familiar seja tradicional, monoparental, reconstituídaou homoparental, o que realmente será relevante éque o interesse do menor esteja garantido[50] e que as premissas do contrato sejam respeitadas. OEstado deverátratar do mesmo modo todas as formas familiais para o qualserá necessário renunciar ao dogma paterno (e a consequentevisão vertical da família)[51] e repensar as normas que governarão as famílias (em plural) de maneira horizontal, ou seja, a partir da negociação e a contratualização.
Assumir uma teoria contratual da vida familiar, tanto nonível do matrimônio quanto na filiação, não significa se desentender com os maisfrágeis (os menores, os idosos, os animais, os empregados….). Pelocontrario, a técnica contratual do equilíbrio dos benefíciose a proteção daparte débil (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão…) permite garantir eficazmente a liberdade e igualdade de todos os membros dessa comunidade afetiva e/ou patrimonial.
Em última instância, a contratualização da família é o resultado lógico da democratização da vida privada[52] e a vitória de uma concepção nova do individuo emancipado, definido emfunção de si mesmo, capaz de escolher o curso de sua vida e julgar as consequências de seus atos[53].

Conclusão

Se uma perspectiva crítica é o pressuposto para pensar novas subjetividades, uma teoria critica das sexualidadespropõe desenhar os contornos do sujeito de Direito e de suas relaçõesfamiliais e sociais, emancipado da carga multissecular de gênero. Reapropriar-se da tradição universalista e formalista do Direito continental abarca, paradoxalmente, um gesto crítico, pois ao reivindicar a tradição para fazer entrar os "hereges" estamos denunciando a confiscação do universalismo por parte de uma minoria (heterossexual, masculina, branca, burguesa, europeia…), englobando nele todos os outros participes do mundo comum, como propus Hannah Arendt[54].
Com relação ao formalismo jurídico, uma vez purgado de sua dimensão apolítica e neutra, nos permitirá pensarno sujeito de Direito sem fundo psicológico-sexual, ou seja,sem as algemas de gênero e da orientação sexual que frequentemente constituemmodelos perigosos uniformizadores nasmãos dos Estados.
Portanto, a reapropriação do contrato permite deixar nas mãos dos sujeitos, e só nelas, a definição das fronteiras que desejam estabelecernas suas relações individuais, familiais e sociais.Um pensamento crítico das sexualidades no mundo latino possibilitará, em definitiva, que cada qualpossa escolher o lugar e os papéis que deseja interpretar no vasto teatro social.

---

[50]As principais pesquisas científicas revelam que não existe problema algum para os menores não ser acolhidosnas famílias homoparentais. Muitas destacam, inclusive, que estas famílias educam melhor que as famíliastradicionais. Ver GONZÁLEZ RODRIGUEZ, LOPEZ GAVINO e GOMEZ. *Familias Homoparentales. Desarrollo Psicológico en las Nuevas Estructuras Familiares.* Madrid, Ediciones Pirámide. 2010.
[51] TORT, M.,*La fin du dogme paternel*. Paris : Flammarion, 2005.
[52] GIDDENS, A., La*transformação de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo e las sociedades modernas*. Madrid, Cátedra, 1995.
[53] FOUCAULT, M., « À propos de la généalogie de l'éthique : un aperçu du travail en cours ». Entrevista com H. Dreyfus et P. Rabinow (trad. G. Barbedette), in DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault : un parcours philosophique*. Paris : Gallimard, 1984, pp. 322-346.
[54] ARENDT ,H., La *condición humana*. Barcelona, Paidos, 2005.

Contrariamente atradição anglo-saxônica que tende fazer do gênero e da sexualidade uma categoria política com efeitos tutelares[55], atradição latina não precisa desta categorização aocolocar a questão de gênero e da sexualidade na intimidade da vida privada. Nada deve lhe interessar ao Estado sobre nossos órgãos genitais e menos ainda nossos desejos e fantasmas sexuais, o que fazemos com eles e como nos definimos sexualmente. Se trata de situaçõesjuridicamente irrelevantes que não podem nem devem condicionar a cidadania.

Para se livrar pessoalmente dos estereótipos e preconceitos de gênero, devemos começar por denunciar a categoriaconsolidada na lei. Para promover uma política de igualdade entre todos os sujeitos,a tendência do Estado tem que ser a indiferença para tratar com sujeitos e não com grupos de homens e mulheres.

Ogênero humano é, em definitiva, o único gênero significativo paraalinguagem universal do Direito.

[55] Como a noção da categoria suspeita do tribunal supremo dos Estados Unidos.