



HAL
open science

Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro

Daniel Borrillo, Heloisa Helena Barboza

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Heloisa Helena Barboza. Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro. *Civilistica.com*, 2016, *DOCTRINA ESTRANGEIRA*, 1 (2), <http://civilistica.com>. hal-01428792

HAL Id: hal-01428792

<https://hal.science/hal-01428792>

Submitted on 6 Jan 2017

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.

Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro*

Daniel BORRILLO¹
Heloisa Helena BARBOZA²

RESUMO: O artigo objetiva rastrear o conteúdo jurídico e as funções dos termos *sexo* e *gênero* na perspectiva do direito francês e brasileiro. Embora ambas as palavras sejam tradicionalmente utilizadas pelo Direito como elementos identificadores na construção da identidade das pessoas humanas, acabam por ser manejadas como instrumento de discriminação. Nessa medida, o sexo e o gênero, em lugar de servirem para a proteção do indivíduo, transformam-se em motivo para cerceamento de direitos. Questiona-se, por tal razão, o quanto é justo classificar a espécie humana em dois sexos/gêneros e proteger essa divisão com a força material e simbólica do Direito. Propõe-se, desse modo, seja testada a pertinência jurídica dessa dupla e restrita qualificação, de modo a concluir que a extinção da categoria gênero na certidão de nascimento constituiria um avanço na consagração da pessoa humana, emancipada de uma lógica binária atrelada a uma necessária vinculação entre sexo e gênero.

PALAVRAS-CHAVE: sexo; gênero; registro civil; direito francês; direito brasileiro.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; – 1. O sexo como categoria de identificação das pessoas físicas; – 1.2. O sexo como estatuto; – 1.2. O sexo como função; – 2. O sexo como categoria de proteção das pessoas; – 2.1. O sexo como categoria antidiscriminatória; – 2.2. O sexo como categoria que promove a diversidade; – 3. Pertinência da categoria sexo no direito; – Considerações finais; – Referências.

TITRE EN FRANÇAIS: *Sexe, genre et droit: des considerations sous la lumière des droits français et brésilien*

RÉSUMÉ: *L'article vise à investiguer le contenu juridique et les fonctions des termes sexe et genre dans le cadre de la loi française et brésilienne. Bien que les deux mots sont traditionnellement utilisés par la loi, l'identification des éléments dans la construction de l'identité d'êtres humains finit par être gérée comme un outil de discrimination. Dans cette mesure, le sexe et le genre au lieu de servir à la protection de l'individu, sont utilisés comme une raison pour restreindre certains droits. La question qui se pose donc est celle de savoir, s'il est vraiment souhaitable et juste de diviser l'espèce humaine en deux sexe et genre et de protéger cette division avec la force matérielle et symbolique de la loi. Par conséquent, on propose à tester la pertinence juridique de cette double et restreinte qualification afin de conclure que l'extinction de la catégorie de genre sur l'acte de naissance constituerait un avancement dans la consécration de la personne humaine, qui doit être émancipée d'une logique binaire liée à un besoin d'association entre le sexe et le genre.*

* O presente trabalho integra as atividades desenvolvidas no âmbito do Programa Cátedras Francesas - 2015, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em parceria com o Consulado Francês no Rio de Janeiro, com o tema "Bioética, Biodireito e biopoder: a regulação jurídica da vida, do corpo e da reprodução na França e no Brasil", sob a coordenação da Professora Heloisa Helena Barboza. Os autores agradecem penhoradamente a Vitor de Azevedo Almeida Junior, doutorando em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ e integrante do Programa Cátedras Francesas, por todo o auxílio na pesquisa e revisão do texto.

¹ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Árbitra e parecerista em direito privado.

² Maître de conférences à l'université Paris-X-Nanterre et chercheur associé au Cersa (Centre d'études et de recherches de sciences administratives).

MOTS-CLES: sexe; genre ; acte de naissance; droit français; droit brésilien.

ENGLISH TITLE: Sex, Gender and Law: Considerations in the Light of French and Brazilian Legal Systems

ABSTRACT: This article seeks to track down the legal content and the functions of the terms sex and gender in the French and Brazilian legal systems' perspective. Although both words are usually employed by Law as identifying elements in the construction of human persons' identities, they end up being managed as tools of discrimination. In this measure, sex and gender, instead of serving for the protection of the individual, are converted into a reason for restringing their rights. One should doubt, thus, how much it is fair to classify the human species in two sexes/genders and to protect such a division with the material and symbolic force of Law. This article proposes, therefore, that the legal pertinence of that double and restricted qualification be put to test, so as to conclude that the extinction of the category "gender" in birth certificates would constitute an advance in the protection of the human person, emancipated from a binary logic tied to the necessary association between sex and gender.

KEYWORDS: sex; gender; civil register; French Law; Brazilian Law.

CONTENTS: Initial considerations; – 1. Sex as an identifying category of human persons; – 1.2. Sex as a status; – 2.2. Sex as a function; – 3. Sex as a protecting category of human persons; – 3.1. Sex as a non-discriminatory category; – 3.2. Sex as a category that promotes diversity; – 4. Pertinence of the "sex" category in Law; – Final thoughts; – References.

Considerações iniciais

O sexo e os papéis sociais a ele atribuídos se apresentam de um modo tão natural que é preciso um trabalho crítico permanente para não se cair na armadilha das evidências. Para sair da doxa na qual estamos imersos, temos que nos desfazer dos óculos (retomando a metáfora de Pierre Bourdieu) com os quais estamos habituados a olhar a realidade, pois com eles vemos certas coisas, umas que parecem evidentes, mas não necessariamente o são, e outras que podem ser fundamentais. O sentido do trabalho intelectual consiste justamente em colocar luz nas coisas que não estamos habituados a ver. A palavra habituados nos envia à noção de *habitus* de Pierre Bourdieu, entendida como

[...] um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as *experiências passadas*, funciona a cada momento como uma *matriz de percepções*, de apreciações e de ações – e torna possível a realização de tarefas infinitamente

diferenciadas, graças às transferências analógicas de esquemas [...] ³

Isto pode então nos servir como ponto de partida para tentar sair das evidências próprias a dois conceitos demasiadamente utilizados: gênero e direito.

Cabe lembrar que Simone de Beauvoir não falava de gênero, mas de divisão dos sexos⁴. A condição sexual, segundo a autora, não corresponde a nenhum destino fisiológico, psicológico ou econômico. Não obstante, a biologia, a psicanálise, a economia e os mitos tenham construído dispositivos argumentativos para justificar a submissão das mulheres, a obra da filósofa francesa desconstruiu de maneira magistral as bases da misoginia ocidental. Cerca de cinquenta anos depois da publicação do *Deuxième Sexe*, Pierre Bourdieu publica *La Domination masculine*, no qual o sociólogo completa o trabalho da filósofa analisando os mecanismos dessa forma particular de violência simbólica.⁵

Erving Goffman, anos antes, já descrevia o gênero como o código fundamental em torno do qual se articulam as interações humanas e se organizam as estruturas culturais. No entanto, as diferenças sexuais objetivas são menos relevantes do que o dispositivo cultural que fez dessas diferenças um sistema de nossas convenções sociais tão inteligível, que acaba parecendo natural⁶. Como nota Jacques Derrida, o falocentrismo⁷ é constitutivo das nossas categorias epistemológicas mais elementais.⁸

Por outro lado, o Direito enquanto forma legítima de dominação social não foge dessa doxa do gênero e das sexualidades. Muito pelo contrário, o Direito a organiza e a legitima. A divisão sexuada da humanidade se impõe ao Direito como um dado da natureza, o qual não se pode derrogar. Todas as categorias como a raça, a classe, a nacionalidade, a idade, o estado civil, foram já submetidas à crítica, porém a categoria sexo parece resistir a tal crítica.

³ BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Organizado por Renato Ortiz. São Paulo: Ática, 1983, p. 65.

⁴ BEAUVOIR, Simone de. *Le deuxième sexe*. Les faits et les mythes. Paris: Gallimard, 1949, p. 3 e ss.

⁵ BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998, p. 14.

⁶ GOFFMAN, Erving. *The arrangement between sexes*. Theory and Society. v. 4, n. 3, 1977, p. 301-331.

⁷ Neologismo criado por Jacques Derrida explicado em seu texto *La pharmacie de Platon*. Cf., em português: DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 2. ed. São Paulo: Iluminuras, 1997.

⁸ DERRIDA, Jacques. *La pharmacie de Platon*. Paris: Seuil, 1968.

Cabe indagar, portanto, se é justo dividir o gênero humano em dois sexos e proteger essa divisão com a força material e simbólica do Direito.⁹

Na França em geral e no direito continental em particular, o termo gênero como sinônimo de sexo não tem existência jurídica. A palavra gênero aparece nos textos jurídicos que atingem o direito de autor para designar o gênero literário, artístico ou um tipo de indústria. A linguagem jurídica corresponde aqui a linguagem familiar: o gênero faz referência ao conjunto de coisas que tem a mesma origem ou relacionadas pela similitude de um ou vários caracteres: pertencer a um gênero, entrar num gênero. É com a palavra « sexo » que a categoria sociológica « gênero » aparece no direito continental europeu. Em nível internacional, logo depois da conferência de Pequim de 1995, o Direito consagrou o conceito de gênero para referir-se às relações sociais de sexo e sobretudo à discriminação das mulheres¹⁰. Por conseguinte, é pelo direito internacional dos direitos humanos que a categoria entra no direito continental.

Ainda que muitas Declarações, Recomendações e Relatórios da União Europeia façam referência ao gênero, os textos jurídicos oficiais utilizam em francês a expressão « sexo » e não « gênero ». Nessa linha, as Diretivas Comunitárias se referem à qualquer “situação, disposição, critério ou prática que criem desvantagem particularmente para pessoas de um sexo em relação às do outro sexo”¹¹. A ação positiva é definida pelo direito europeu como as medidas “destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelo sexo subrepresentado ou para prevenir ou compensar as desvantagens dentro da carreira profissional”¹². O assédio é considerado como “a situação dentro da qual um comportamento não desejado relacionado com o sexo de uma pessoa ocorre

⁹ BORRILLO, Daniel. Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre. In : GALLIUS, Nicole (dir.) *Droit des familles, genre et sexualités*. Bruxelles: LGDJ, Anthémis, 2012.

¹⁰ Não se aborda neste artigo o caloroso debate sobre a articulação entre as categorias sexo e gênero dentro das Ciências Humanas, visto que o objetivo deste trabalho é bem mais modesto e consiste unicamente a colocar o debate no nível concreto do Direito. Sobre as questões teóricas e filosóficas ver: MALBOIS, Fabienne. Les catégories de sexe en action. Une sociologie praxéologique du genre. In: *Sociologie*, v. 2, 2011, p. 73-90). VIDAL, Jean-Pierre. De la déconstruction de la différence des sexes à la « neutralisation des sexes », pour une société « postsexuelle » ! ». In: *Connexions*, n. 90, 2008, p. 123-138.

¹¹ Tradução livre de: « situation, disposition, critère ou pratique qui désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

¹² Tradução livre de : « destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

com o objetivo ou o efeito de atentar contra a dignidade de uma pessoa ou de criar um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”.¹³

Em qualquer caso, os dispositivos jurídicos nacionais e internacionais se baseam no pressuposto da existência de dois sexos jurídicos estáveis e estabelecidos institucionalmente. Os indivíduos se encontram assim encerrados em uma ou outra dessas categorias homem ou mulher, sendo poucos os países que aceitam uma terceira possibilidade, como o gênero neutro, admitido na Índia, na Austrália¹⁴ e na Alemanha¹⁵.

O direito brasileiro não diverge dessa orientação e tradicionalmente considera apenas o sexo biológico de alguém. A noção de gênero se inseriu efetivamente no debate jurídico no Brasil, a partir das demandas de parte da população LGBT¹⁶, que busca obter judicialmente o reconhecimento da “identidade de gênero”, caso de transexuais que querem “mudar de sexo” e de travestis que procuram adequar sua qualificação civil ao gênero que vivem. Não houve na área jurídica, porém, maior questionamento ou apreciação crítica dos conceitos de sexo e gênero. O termo “sexo” tem vários significados, dentre eles o utilizado pelo Direito para qualificar alguém, com base na ótica médico-científica, que privilegia a constituição biológica do ser humano, e se refere ao conjunto de características (como o aspecto anatômico, cromossômico, gonadal) distintas de macho e fêmea, que correspondem às categorias masculino e feminino, respectivamente. No Brasil, o indivíduo é qualificado na hora de seu nascimento, a partir da forma da genitália externa que apresenta. Sua importância é inquestionável, na medida em que vincula o suporte físico que vincula a construção da identidade da pessoa e constitui fator determinante de direitos e deveres, próprios de cada sexo.¹⁷

O Direito, portanto, não faz mais do que refletir uma tradição multissecular que naturalizou este arranjo binário do gênero. O conteúdo do termo sexo aparece claramente definido no Direito para imputação de uma categoria de identificação por

¹³ Tradução livre de: «la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

¹⁴ "A Suprema Corte reconhece, no caso *May-Welby* (02-04-2014) 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', disse, em julgamento unânime, que rejeitou a apelação feita pelo estado de New South Wales para que fossem reconhecidos apenas os sexos masculino e feminino.

¹⁵ A partir de 1º de novembro 2014, a Alemanha oferece aos pais três opções para registrar seus filhos: “masculino”, “feminino” e “indefinido”.

¹⁶ LGBT – Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais.

¹⁷ Vale como exemplo a diferença de critério para fins de aposentadoria, conforme Lei 13.183/2015.

um lado, ou do dever de não discriminar por outro. O sexo é, desse modo e ao mesmo tempo, identificação e proteção.

Propõe, desse modo, apresentar este duplo significado do termo sexo e de imediato testar sua pertinência jurídica.

1. O sexo como categoria de identificação das pessoas físicas

Desde o nascimento, os indivíduos estão juridicamente classificados na categoria de macho ou fêmea. Esta imputação encontra sua origem na noite dos tempos da nossa cultura judaico-cristã. De acordo com o livro da Gênese: “Com a costela que havia tirado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher e a levou até ele. Disse então o homem: ‘Esta, sim, é osso dos meus ossos e carne da minha carne! Ela será chamada mulher, porque do homem foi tirada’. Por essa razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e eles se tornarão uma só carne”. A evidência de uma humanidade binária e heterossexual encontra sua origem mais remota na Bíblia.

A antropóloga francesa Françoise Héritier vai ainda mais longe ao afirmar:

[...] a diferença sexuada e os papéis diferenciados dos sexos na reprodução [...] trata-se de um limite último do pensamento, no qual esta fundada uma oposição conceitual essencial: aquela que opõe o idêntico ao diferente, uma dessas temáticas (*thematas*)¹⁸ arcaicas que encontramos em todos os pensamentos científicos antigos como modernos, e em todos os sistemas de representação.¹⁹

¹⁸ *Themata*: termo que recebeu de Gerald Holdon conotação própria. Segundo Lima: « Nos seus estudos sobre a formação dos conceitos e teorias científicas, Holton (1981) constata a insuficiência explicativa do plano "contingente" formado pelos eixos empírico e analítico, e defende a necessidade de introduzir um terceiro eixo, perpendicular aos dois outros. Esse terceiro eixo dá acesso à dimensão que Holton (1981) batiza de "temática", onde se encontra o "nosso arsenal de instrumentos imaginativos". Ele introduz assim um modelo epistemológico mais aperfeiçoado e mais abrangente de investigação da história da ciência ». LIMA, Laura Câmara. A articulação "Themata-Fundos Tópicos": por uma análise pragmática da linguagem. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-37722008000200015. Acesso em 03 ago. 2015.

¹⁹ Tradução livre : « la différence sexuée et le rôle différent des sexes dans la reproduction. [...] Il s'agit là d'un butoir ultime de la pensée, sur lequel est fondé une opposition conceptuelle essentielle : celle qui oppose l'identique au différent, un de ces themata archaïques que l'on retrouve dans toute pensée scientifique ancienne comme moderne, et dans tous les systèmes de représentation ». HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin: la pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 17-18.

Desde a origem a imputação sexuada dos indivíduos não tem somente uma finalidade reflexiva (em relação a si mesmo), mas também relativa (em relação tanto de subordinação e de complementariedade: se trata ao mesmo tempo de ser definido pela instituição, de autodefinir-se logo e de designar a alteridade para descrever a necessária complementariedade (subordinação e supremacia) do sujeito de referência. O sexo indica, ao mesmo tempo, a natureza biológica dos seres macho e fêmea e as relações familiares e sociais do masculino e o feminino. Esta visão relacional do sexo supõe uma ideologia (muitas vezes implícita) que é aquela não só da subordinação da mulher mais da necessária complementariedade entre os sexos, dito de outro modo a heterossexualidade.

O sexo faz assim referência ao mesmo tempo a um estatuto e a uma função: o pertencimento à classe macho ou fêmea (estatuto) e a hierarquia dos gêneros e das sexualidades (função). A diferença entre sexo-estatuto e sexo-função, mesmo que desprovida de existência material, serve sobretudo para compreender a complexidade e a dimensão polifuncional da categoria e a maneira como ela intervém juridicamente na realidade.

1.1. O sexo como estatuto

Os indivíduos que desde o nascimento entram nas categorias sexuadas e não podem escapar de seus grupos ou desistir desses alinhamentos (em todo caso sem que haja intervenção médica e judicial) pelo fato da permanência do signo biológico da diferença de sexos. O sexo aparece assim como o caso mais estrito de imputação identitária. Trata-se de um partilhamento irremediável da humanidade, visto ser fixado de maneira definitiva.

De acordo com o artigo 57, do Código Civil Francês²⁰, “na certidão de nascimento se indicarão o dia, a hora, o lugar de nascimento, o sexo da criança, os nomes e sobrenome”. O exame dos órgãos genitais determina o pertencimento a um ou outro sexo, o qual define o reconhecimento do respectivo estatuto (estado civil) pela sociedade. De há muito a jurisprudência francesa já manifestou o entendimento de que “todo indivíduo, mesmo se apresentar anomalias orgânicas, deve estar obrigatoriamente inscrito em um ou outro dos sexos, masculino ou feminino, que deve

²⁰ No mesmo sentido dispõe o art. 55, da Lei brasileira n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

ser mencionado na certidão de nascimento”²¹. Além disso, a Instrução Geral do Estado Civil especifica que “quando o sexo da criança é incerto, convém evitar indicar sexo incerto e o secretario do cartório deve aconselhar aos pais que consultem um médico para saber qual é o sexo que aparece como mais provável; será esse o sexo indicado no registro”.²²

Conhecida antigamente como hermafroditismo²³, hoje essa situação é denominada cientificamente intersexualismo²⁴⁻²⁵, termo proveniente da psiquiatria do século XIX. Considerado pelo direito como um caso de força maior, a mudança de sexo nos documentos de identificação pode se efetuar, pois se trataria de um erro material consistente no fato da incerteza inicial na inscrição. O artigo 288, da Instrução Geral relativa ao Estado Civil estabelece:

Se em alguns casos excepcionais, o médico considera que não pode imediatamente dar uma indicação sobre o sexo provável do neonato, mas se esse sexo pode ser determinado definitivamente, num prazo de um ou dois anos, logo depois de tratamento apropriado, poderá ser admitido, com a concordância do Procurador da República, que nenhuma menção relativa ao sexo da criança seja inicialmente inscrita na certidão de nascimento. Nessa hipótese, convém tomar todas as medidas necessárias para que a certidão de nascimento possa ser logo completada por uma decisão judicial. Em todos os casos de ambigüidade sexual, é aconselhado aos pais escolher un nome que seja neutro.

²¹ Cour d’Appel de Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196, conclusion Granjon.

²² Instruction générale relative à l’état civil, Art. 288. No Brasil não há disposição legal sobre o assunto. Como a Lei 6.015/1973, art. 51, determina que toda criança seja registrada dentro do prazo de 15 dias do nascimento, se os pais a registrarem com um sexo diferente do identificado após exames, será necessária uma ação para retificar o nome e o sexo da criança.

²³ Hermafroditismo, termo que tem origem no mito de Hermafrotide (filho de Hermes e Afrodite), contado por Ovidio no Livro IV das Metamorfoses, p. 32; é a primeira explicação dos indivíduos que parecem « não ter sexo algum ou ter os dois ».

²⁴ Caracterizado pela presença num mesmo sujeito de tecido testicular e de tecido ovariano separados ou fundidos em um só organismo. No Brasil, esta situação é tratada pela Resolução 1.664/2003, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual, assim consideradas as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras.

²⁵ Sobre o assunto, recomenda-se: GUIMARÃES, Aníbal; BARBOZA, Heloisa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de 'genitália ambígua'. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 30, p. 2177-2186, 2014; e, GUIMARÃES, Aníbal. Bioética e Intersexualidade: algumas reflexões. *Revista Redbioética/UNESCO*, v. 1, p. 45-56, 2013.

A Corte de Apelação de Versailles se manifestou favoravelmente a um pedido de retificação do estado civil e à mudança de prenome de uma criança que “tinha desde o nascimento órgãos sexuais masculinos extremamente insuficientes e o sexo indicado originalmente estava errado”²⁶. Fora do caso específico dos intersexuais, a Corte de Cassação adotava uma posição restritiva e não aceitava as solicitações de retificação do estado civil dos transexuais, invocando a indisponibilidade do estado das pessoas e a ordem pública.

No Brasil, julgados sobre o pedido de retificação do registro civil são escassos, como se pode constatar dos bancos de dados existentes sobre decisões judiciais²⁷. Na verdade, poucos devem ser os eventuais pedidos de retificação, tendo em vista a norma do Conselho Federal de Medicina segundo a qual “pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil”²⁸. A definição precoce implica a imediata realização de cirurgias em bebês antes de deixarem o hospital onde nasceram, o que possibilita seja o registro feito de maneira “adequada”²⁹. A alteração do registro de nascimento de transexuais também depende de autorização judicial, por não haver previsão legal sobre a “troca de sexo” no Brasil, embora as cirurgias de transgenitalização sejam regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina e por Portaria do Ministério da Saúde³⁰, sendo realizadas no Sistema Único de Saúde – SUS, portanto, por hospitais públicos. Cerca de cinquenta por cento (50%) dos pedidos de retificação de sexo e nome no registro civil feitos por transexuais são

²⁶ Cour d’Appel de Versailles, 22 juin 2000, *JCP* 2001.II.10595, note Ph. Guez.

²⁷ Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não houve retorno a busca realizada com a palavra-chave « intersexualidade » no período compreendido entre 2003 e 2015. O mesmo ocorreu em pesquisa realizada na página do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A busca realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, apesar da citação do termo « intersexualidade » em outras poucas decisões, mas sem se referir à retificação de registro civil do intersex, somente uma decisão foi encontrada, tendo sido proferida em 26 de maio de 1998, cuja ementa se transcreve: “Registro Civil - Assento de nascimento – Alteração do sexo e do nome do requerente – Anormalidade caracterizada como pseudohermafroditismo – Presença de sexo bem caracterizado - O aspecto biológico deve ser primordialmente acentuado na definição do sexo – O ato cirúrgico não o transformou em pessoa do sexo feminino – Inexistência de erro a ser reparado no registro-Recurso não provido” (TJSP, 9º Cam. Dir. Priv., Apelação n. 34.028.4/6-00, Rel. Des. Paulo Menezes, julg. 26 maio 1998).

²⁸ Resolução CFM n. 1.664/2003, art. 2º.

²⁹ De acordo com a Resolução CFM n. 1.664/2003, a investigação dessas situações exige uma estrutura mínima que contemple a realização de exames complementares como dosagens hormonais, citogenéticos, imagem e anatomopatológicos (art. 3º); e para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria e psiquiatria infantil (art. 4º).

³⁰ A Portaria nº 2.803, de 19.11.2013, do Gabinete do Ministro da Saúde, redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em 20 jan. 2016.

acolhidos. Em muitos casos, se não em sua maioria, há exigência de realização da cirurgia de transgenitalização para o deferimento do pedido.³¹

A identidade de gênero põe em evidência a complexidade do sexo: sexo genotípico, sexo fenotípico, sexo endocrinológico, sexo psicológico, sexo social e cultural. Quando não existe acordo entre os aspetos biológicos e os aspetos psicossociais do sexo, algumas pessoas se encontram numa situação de desconforto e angústia: umas querem realizar a cirurgia para retificar sua anatomia, mas outras não³². A rejeição ao pedido de mudança no registro civil em nome da ordem pública foi considerada pela Corte Europeia de Direitos Humanos como contrária ao artigo 8º da Convenção (proteção da vida privada)³³, provocando uma mudança da jurisprudência francesa³⁴. Em 2010, uma Portaria do Ministério da Justiça considera que não é mais necessário passar por uma operação mutiladora para mudar de sexo jurídico³⁵. Mesmo não sendo necessária a intervenção cirúrgica, a Corte de Cassação entende que a situação deva ser irreversível para poder mudar o sexo jurídico, o que significa dizer que a pessoa de fato tem que se tornar estéril por causa do tratamento.³⁶

1.2. O sexo como função

O sexo aparece não somente como estatuto (atributo da personalidade), mas também como função que remete aos papéis sociais esperados de um e outro sexo. Durante muito tempo o sexo-função organizou juridicamente a subordinação das mulheres. Do Direito Constitucional ao Direito Civil, do Direito do Trabalho ao Direito de Família, as leis excluíam as mulheres de direitos fundamentais, como o direito ao voto, à disposição do patrimônio ou à igualdade conjugal.

³¹ Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena, Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado, tese de doutorado. Disponível: <http://arca.icict.fiocruz.br/bitstream/icict/2545/1/ENSP_Tese_Barboza_Heloisa_Helena_Gomes.pdf>. Acesso em 20 jan. 2016.

³² As primeiras cirurgias de troca de sexo tiveram lugar durante o 1º e o 2º século AC. Ver G. Androutsos, M. Papadopoulos, S. Geroulanos, Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité, *Andrologie* (2001), 11, nº 2, 89-93.

³³ *B. c. / France* de 25.03.1992 nº 13343/87. Esta decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos-CEDH produziu uma mudança de sua própria jurisprudência. De fato, nos casos *Van Oosterwijck c. Belgique* de 06.11.1980 (nº 7654/76), *Rees c. / Royaume-Uni* du 17.10.1986 (nº 9532/81), *Cossey c. / Royaume-Uni* de 27.09.1990 (nº 10843/84), a CEDH não tinha condenado os Estados que não modificavam o estado civil dos transexuais.

³⁴ Ass. Plén. , 11.12.1992, *JCP* 1995 II, 21991.

³⁵ Circular da DACS nº CIV/07/10 de 14.05.2010 relativa às demandas de troca de sexo no estado civil.

³⁶ Acórdão nº 108 de 13.02.2013 (12.11-949) – Corte de Cassação – 1ª Câmara Cível; Acórdão Arrêt 107 de 13.02.2013 (11.14515) – Première chambre civile.

Se o fato de pertencer a um ou outro sexo não se mostra mais como um elemento determinante para se beneficiar dos mesmos direitos, então para que continuar a fazer do sexo um elemento determinante do *status* civil das pessoas? Até recentemente a única razão era a instituição matrimonial, considerada pela Corte de Cassação e pelo Conselho Constitucional Francês como necessariamente heterossexual.

Bastante significativo é também o fato de as leis estarem redigidas em geral de maneira neutra: “todas as pessoas tem direito a...”, “todo indivíduo tem direito a ...”, “Cada um tem o direito...” ou “ninguém pode ser ...”, mas quando se trata do direito ao casamento os titulares desse direito aparecem como sujeitos sexuados: “o homem e a mulher tem direito a casar”.³⁷

O mesmo se verifica nas leis brasileiras, onde é comum a referência à “pessoa”³⁸, por exemplo quando se trata de capacidade³⁹, palavra do gênero gramatical feminino que abrange ambos os sexos⁴⁰, que são, porém, explicitados quando se trata de casamento⁴¹ e união estável.⁴²

Essa situação põe de manifesto que a categoria sexo-função tem hoje, sobretudo onde não existe casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma dimensão de promoção da heterossexualidade.

³⁷ O art. 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem estabelece: « A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito » e o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Homem estabelece: « A partir da idade núbil, o homem e a mulher, sem qualquer restrição quanto à raça, à nacionalidade ou à religião, tem o direito de se casar e fundar uma família. Eles tem direitos iguais no que respeita ao casamento, durante o casamento e quando de sua dissolução ». Consciente de questões (ou interesses) futuras, o Parlamento Europeu deixou de definir o casamento a partir da diferença de sexos na Carta Europeia de Direitos Fundamentais e enuncia simplesmente: « O direito de se casar e o direito de fundar uma família são garantidos de acordo as leis nacionais que regem seu exercício » (art. 9).

³⁸ Em português brasileiro, a palavra “pessoa” (do latim *persona*) é substantivo feminino (a pessoa) que se refere ao homem ou à mulher; é sinônimo de “ser humano” considerado na sua individualidade. FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999, p. 1557.

³⁹ Código Civil (Lei 10.406/2002), art. 1º, 2º,

⁴⁰ Gramaticalmente são palavras sobrecomuns, isto é, “nomes de um só gênero gramatical que se aplicam, indistintamente, a homens e mulheres”. BECHARA, Evanildo. *Gramática escolar da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010, p. 95.

⁴¹ Código Civil, art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

⁴² Código Civil, Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Para restituir a dimensão de proteção dessa categoria será preciso ter em conta não somente as relações sociais de gênero, mas também as relações sociais das sexualidades.

2. O sexo como categoria de proteção das pessoas

A análise do direito positivo mostra que o fato de pertencer a um ou outro sexo não comporta uma diminuição de direitos. Efetivamente, a maioria das regras que inferiorizavam a mulher foram modificadas durante o século XX, graças às políticas antidiscriminatórias e à promoção da igualdade das mulheres. O sexo aparece assim como uma categoria de proteção e de emancipação.

2.1. O sexo como categoria antidiscriminatória

O sexo como categoria constitucional e do direito internacional dos direitos humanos parece necessária e fundamental para a consolidação da igualdade. O sexo não deve ser entendido como mulher e homem, mas também como proteção de outras sexualidades, como foi considerado pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁴³ e pelo juiz da Corte da União Europeia⁴⁴. O sexo como categoria de proteção contra a discriminação não precisa estar inscrito na certidão de nascimento, do mesmo modo que se pode lutar contra o racismo sem estabelecer no registro civil a raça das pessoas. A pessoa pode se autodefinir como homem ou mulher, ou não querer entrar em nenhuma dessas categorias.

No Brasil não existe tal flexibilidade de entendimento, embora se admita a mudança do sexo no registro de nascimento, mediante decisão do Juiz em ação própria para tanto, nos casos de transexualidade e intersexualidade.

2.2. O sexo como categoria que promove a diversidade

O sexo também é uma categoria de promoção da diversidade, como mostram as políticas de paridade na França⁴⁵. Embora não seja o objeto do presente trabalho, cabe registrar que seria interessante levantar a situação da paridade para outros grupos como gays e lésbicas. De fato, a questão do gênero vai além da divisão binária de

⁴³ Desde a sentença Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal do 21-12-1999.

⁴⁴ Em aplicação do artigo 13 do Tratado de Amsterdã de 1997.

⁴⁵ Desde a Lei de 6 de junho 2000 sobre a representação paritária de homens e mulheres.

homem e mulher, para se estender a outros grupos, tradicionalmente também vítimas do sexismo.

3. Pertinência da categoria sexo no direito

O problema que coloca a categoria jurídica de sexo como identificação é a “essentialisation”⁴⁶ dos indivíduos dentro de tipologias e através de uma classificação que busca legitimar sua ordem ou sua hierarquia, se apoiando em distinções inscritas na natureza das coisas e dos seres. A marca biológica do sexo inscreve a diferença nos corpos e na carne, fechando os indivíduos em categorias das quais não pode fugir (prisão identitária). O uso do sexo como categoria de Estado que determina o estatuto civil dos indivíduos pressupõe uma realidade biológica primeira, o que implica reconhecer o encerramento e dar caução à perenidade das identidades obrigatórias.

Como categoria explícita, o sexo, enquanto elemento classificatório das pessoas, alimenta a ilusão da naturalidade da diferença entre homens e mulheres e sobretudo a necessária complementariedade. A história natural do sexo não é mais que justificação da heterossexualidade como identidade numa perspectiva de identificação com os valores míticos de uma civilização suprajurídica e até suprasocial e transhistórica. Só basta lembrar as reações históricas que provocou na Europa e no mundo o reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

Contudo, como foi assinalado, a categoria sexo não produz os mesmos efeitos quando é utilizada para fins identificatórios ou para fins de proteção. A inscrição na categoria masculina ou feminina provoca uma situação fatal, salvo na Argentina que tem uma lei muito avançada, da qual o indivíduo não pode fugir sem autorização médica. Ao contrário, quando a categoria serve para proteger e não para identificar, ela parece justificada, pois não tem como objetivo enclausurar as pessoas, mas emancipá-las. Já para as estatísticas étnicas e as políticas de ações afirmativas (*affirmative action*), pode-se utilizar para o sexo o método de autoidentificação (homem, mulher, neutro ou outros). A autoidentificação é uma questão pessoal, subjetiva, que depende de cada um.

⁴⁶ A palavra “essentialisation” em francês provém da ideia da filosofia natural que acredita na existência de uma essência das coisas contra a fenomenologia que só acredita no fenômeno e não na essência. Ou seja, baseia-se na ideia de que não existe uma essência masculina ou feminina, visto que o gênero é produto de uma construção social e em outras sociedades ser homem ou ser mulher não significa a mesma coisa que em nossa sociedade ou em outros períodos da história. Quem acredita na essência como a filosofia tomista considera que o homem e a mulher são diferentes e as suas diferenças são essenciais e não mudam. Por isso a “essentialisation” e uma forma de naturalização.

Assim enfrenta-se um paradoxo: rejeitar a categoria sexo como identificação pública e definitiva ou reivindicar a categoria como antidiscriminatória. Uma maneira de resolver o paradoxo é considerar que a noção de sexo tem no Direito uma dimensão cada vez mais psicológica⁴⁷ do que biológica. As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e as Recomendações internacionais em matéria de identidade de gênero põem o acento no sentimento subjetivo, no desejo de pertencer a outro sexo, que não aquele imputado no nascimento.

Se a pessoa jurídica ou moral não tem sexo, porque lutar para continuar a manter o sexo das pessoas físicas?

Considerações finais

Nesses termos, a resposta para a pergunta, se é justo (pertinente) classificar as pessoas do gênero humano em dois sexos poderá ser sim ou não, pois depende do objetivo da classificação: não será justa, quando a categoria sexo é imposta pelo Estado para identificar as crianças logo depois do nascimento; será justa, quando o sexo serve como categoria de proteção contra a discriminação e como medida corretiva que favoreça a diversidade, mas com a condição de que seja uma noção geral e abrangente (transexual, hermafrodita, práticas sexuais, etc) e permita ao mesmo tempo proteger e promover todas as dissidências sexuais.

Trata-se de pensar juridicamente a pessoa em função de sua dimensão espiritual e psicológica (vontade, identidade, sentimento de pertencimento, projeto de familiar e social), mais do que considerá-la em função de sua dimensão anatômica.

Acabar com o gênero na certidão de nascimento constituiria um avanço na consagração da pessoa humana emancipada de uma lógica binária do sexo, que não corresponde necessariamente com a vida e o sentir das pessoas. O sexo deixa de ser um dado da ordem pública para se converter numa informação da privacidade (*privacy*) e justamente a *privacy* que se caracteriza pela sua dimensão íntima e subjetiva.

⁴⁷ A análise proposta abrange o conceito de identidade psíquica como elemento que permite esclarecer em Direito o fenômeno do gênero e das discriminações que lhe estão vinculadas. Ver: AÏDAN, G.. Le concept d'identité psychique en droit. VASSEUR, Fanny; MUTELET, Valérie. In : *Qui suis-je? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*. Paris: Artois Presses Université, juillet, 2015, pp. 131-155. A expressão aparece em algumas fontes do direito. Assim, a Corte Europeia, no julgado *Pfeifer* por exemplo, estima que « a reputação de uma pessoa representa uma parte importante de sua identidade pessoal e psíquica ». Corte Europeia de Direitos Humanos, *Pfeifer x Autriche*, nº 12556/03, 15 novembro 2007, § 35, *in fine*.

Referências

- AÏDAN, G.. Le concept d'identité psychique en droit. VASSEUR, Fanny; MUTELET, Valérie. In : *Qui suis-je? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*. Paris: Artois Presses Université, juillet, 2015.
- ANDROUTSOS, G. ; PAPAPOULOS, M. ; GEROULANOS S.. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. In: *Andrologie*, v. 11, n. 2, 2011.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado, tese de doutorado. Disponível : <http://arca.icict.fiocruz.br/bitstream/iciict/2545/1/ENSP_Tese_Barboza_Heloisa_Helena_Gomes.pdf>. Acesso em 20 jan. 2016.
- BEAUVOIR, Simone de. *Le deuxième sexe*. Les faits et les mythes. Paris: Gallimard, 1949.
- BECHARA, Evanildo. *Gramática escolar da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- BORRILLO, Daniel. Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre. In: GALLIUS, Nicole (dir.) *Droit des familles, genre et sexualités*. Bruxelles: LGDJ, Anthémis, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.
- _____. *Sociologia*. Organizado por Renato Ortiz. São Paulo: Ática, 1983.
- DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 2. ed. São Paulo: Iluminuras, 1997.
- _____. *La pharmacie de Platon*. Paris: Seuil, 1968.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999.
- GOFFMAN, Erving. *The arrangement between sexes*. Theory and Society. v. 4, n. 3, 1977.
- GUIMARÃES, Anibal. Bioética e Intersexualidade: algumas reflexões. *Revista Redbioetica/UNESCO*, v. 1, p. 45-56, 2013.
- GUIMARÃES, Aníbal; BARBOZA, Heloisa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de 'genitália ambígua'. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 30, p. 2177-2186, 2014.
- HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin: la pensée de la différence*. Paris: Odile Jacob, 1996.
- LIMA, Laura Câmara. A articulação "Themata-Fundos Tópicos": por uma análise pragmática da linguagem. Disponível : http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000200015. Acesso em 03 ago. 2015.
- MALBOIS, Fabienne. Les catégories de sexe en action. Une sociologie praxéologique du genre. In: *Sociologie*, v. 2, 2011.
- VIDAL, Jean-Pierre. De la déconstruction de la différence des sexes à la « neutralisation des sexes », pour une société « postsexuelle » ! ». In: *Connexions*, n. 90, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 15.08.2016

Aprovado em:

15.09.2016 (1º parecer)

16.10.2016 (2º parecer)

Como citar: BORILLO, Daniel, BARBOZA, Heloisa Helena. Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/sexo-genero-e-direito/>>. Data de acesso.